J. pract
71 x

Flach

Erläuterungen

zum

Prozeßgesetze

des Herzogthums Nassau

vom 23. April 1822,

mit zwei Anhängen

über das Verfahren bei der Hülfsvollstreckung

und

bei dem Concurse der Gläubiger,

von

Christoph Flach,

Herzoglich Nassauischem Oberappellationsgerichtsrathe.

Wiesbaden 1837.

Verlag der J. F. Haßloch'schen Buchhandlung.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

Druck der L. Schellenberg'schen
Hofbuchdruckerei.

Vorrede.

In dem Herzogthume Nassau galt bis zum 1. Juli 1822 der gemeine deutsche Civilprozeß mit denjenigen Modificationen, welche theils durch allgemein gesetzliche Bestimmungen für das ganze Herzogthum daran gemacht worden waren, theils als aus frühern Verhältnissen herrührende Vorschriften in einzelnen Landestheilen fortdauerten, theils aus der Praxis der Obergerichte sich herausgebildet hatten.

Dieser bekanntlich auf gemischten Vorschriften verschiedener Legislationen beruhende gemeine Prozeß hatte damals noch nicht diejenige Ausbildung erhalten, welche ihm demnächst durch die fortgesetzten Forschungen so vieler verdienstvollen Juristen immer mehr geworden ist. Zu den ihm eigenthümlichen Gebrechen gesellte sich daher in jener Zeit eine gehäufte Zahl Controversen, hinsichtlich welcher die Gerichte des Herzogthums bald dieses, bald jenes Rechtslehrers Ansichten befolgten, und

hiermit verbanden sich die weiteren Schwierigkeiten welche die Verschiedenheit der Provinciallegislationen erzeugte.

Dem erleuchteten Blicke Seiner Durchlaucht des Herzogs entging es nicht, daß hier das Einschreiten der Gesetzgebung geboten sey. Höchstderselbe beschloß, wie der Eingang des Gesetzes vom 23. April 1822 zeigt, vorläufig bis zu einem umfassenden Gesetze über das gerichtliche Verfahren die bestehenden Vorschriften durch neue zur Beförderung der Gründlichkeit und Wahrheit dienende Bestimmungen zu verbessern, Unbestimmtheiten zu entscheiden, und überflüßige Formalitäten zu entfernen.

Zu den vielen Vorzügen des in Gemäßheit jener Höchsten Absicht von einer dazu niedergesetzten Commission, wobei der nunmehrige Herr Oberappellationsgerichtspräsident Musset Referent war, bearbeiteten und demnächst im Staatsrathe erörterten Gesetzes gehören meiner Ansicht nach vorzüglich die durchgreifende Androhung des Rechtsnachtheils des Eingeständnisses bei mangelnder, oder unbestimmter Erklärung, das Abschneiden überflüßiger Fristen und Appellationen, die aufgehobene Rechtskraft der Beweisinterlocute, und die feste Begränzung der Restitutionen gegen Versäumnisse im Prozesse sowohl, als gegen Sentenzen.

Die Anwendung der ertheilten Vorschriften auf das Verfahren der H. Aemter wurde in §. 137 des Gesetzes zum großen Theile der Jurisprudenz überlassen. Später erging darüber die Verordnung vom 13. Dezember 1825.

Nach diesen legislativen Vorgängen war der ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers gemäß den Obergerichten ein bedeutendes Feld zur Ausbildung der gegebenen neuen Vorschriften, insbesondere in deren analoger Anwendung auf in dem Gesetze nicht bestimmt entschiedene gemeinrechtlich bestrittene Materien eröffnet; hiermit verband sich die Nothwendigkeit einer fortgesetzten Aufsicht über die Anwendung derselben im amtlichen Verfahren zum Zwecke der successiven Aufstellung fester Grundsätze darüber. — Sie haben sich dieser Aufgabe unterzogen, und sind, wie unsere Justizverwaltung, welche weder an Gründlichkeit, noch an Raschheit der Entscheidungen jener irgend eines andern deutschen Staats nachstehen dürfte, zeigt, in deren Lösung nicht unglücklich gewesen.

Wie diese Ausbildung erfolgt ist, mit Entscheidungen der Obergerichte belegt darzustellen ist der Hauptzweck dieser Schrift. Ich habe ferner in Bezug auf die angekündigte künftige Revision des Prozeßgesetzes meine Meinung darüber geäußert, welche Bestimmungen desselben sich nach der bishe-

rigen Erfahrung mehr, oder weniger zweckmäßig gezeigt haben; endlich habe ich über einige gemeinrechtlich zweifelhafte, in unserer Gesetzgebung und Gerichtspraxis noch nicht entschiedene Fragen meine Ansichten geäussert und zu begründen gesucht. Bei dieser Darstellung schien es mir am zweckmäßigsten die Reihenfolge der Paragraphen unsers Prozeßgesetzes einzuhalten. Vielleicht hätte es zur bessern Uebersicht gedient, wenn ich meinen Bemerkungen stets den betreffenden Paragraphen des Gesetzes hätte vordrucken lassen. Die Rücksicht, daß das Gesetz sich in jedermanns Händen befindet, hat mich davon abgehalten.

Diesen Erläuterungen des Prozeßgesetzes habe ich zwei Abhandlungen darüber beigefügt, wie sich das Verfahren bei der Hülfsvollstreckung und im Concurse der Gläubiger auf eine von demjenigen, was hierüber in den Schriften über den gemeinen deutschen Prozeß vorgetragen wird, mitunter bedeutend abweichende Art gestaltet hat.

Daß ich im allgemeinen neben den Entscheidungen des H. Oberappellationsgerichts meistens mich auf Erkenntnisse und Dienstweisungen, welche von dem H. Hof- und Appellationsgerichte zu Usingen ausgegangen sind, bezogen habe, kommt daher, weil ich als Mitglied dieses Gerichts, während vieler Jahre dabei mitgewirkt habe; während die Er-

kenntnisse und Dienstweisungen des H. Hof- und Appellationsgerichts zu Dillenburg, soweit letztere nicht in gedruckten Generalrescripten beruhn, mir nur gelegentlich bekannt geworden sind. Davon übrigens, daß wesentliche Unterschiede in der Praxis der beiden H. Hof- und Appellationsgerichte nicht obwalten, habe ich mich sowohl durch Einsicht mehrerer an das H. Oberappellationsgericht gelangten Acten des H. Hof- und Appellationsgerichts zu Dillenburg und der zu seinem Bezirke gehörenden Aemter, als aus Unterredungen mit Mitgliedern dieses Gerichtshofs überzeugt.

Wenn auch hiernach dieses die Erfahrungen, welche ich in einer Reihe von Jahren in meinen successiven Funktionen als Richter erster, zweiter und höchster Instanz und als mit der Visitation der Justizverwaltung mehrerer H. Aemter beauftragter Commissarius in Bezug auf Prozeßleitung gemacht habe, zusammenstellende Werk vorzugsweise für den Nassauischen Juristen bestimmt ist, so dürfte es doch auch für das größere juristische Publicum nicht ohne Interesse seyn, zu sehen, wie der Civilprozeß sich in dem Herzogthume Nassau gestaltet hat, und welche von der allgemeinen deutschen Gerichtspraxis abweichende Vorschriften zu einem mehr, oder weniger erwünschten Erfolge geführt haben.

Herr Oberappellationsgerichtspräsident Musset

hat die Güte gehabt diese Schrift zu durchlesen, und ich habe die von ihm gemachten Bemerkungen dankbar benutzt.

Von juristischen Werken habe ich nicht viele — in der Regel nur diejenigen neuern Monographien angeführt, welche mir von vorzüglicherm Interesse zu seyn schienen. Ich hielt das Anführen von vieler Litteratur nach dem Zwecke meiner Bearbeitung nicht für nöthig, und wollte nicht blos um eines bekanntlich nicht schwierigen Scheins von Belesenheit willen, (da man nur aus den vorhandenen größern Werken abzuschreiben braucht, was denn freilich die Quelle häufiger irriger Citate ist,) den Umfang und folgeweise den Preis eines Werks vergrößern, welches ich möglichst gemeinnützig zu machen wünsche. Daß ich die ältere und neuere Litteratur studirt habe, wird hoffentlich die Sache ergeben. Uebrigens bescheide ich mich gerne, daß ich bei dem Vortrage eigener Ansichten über zweifelhafte Fragen mitunter irren mag, und werde Belehrung dankbar annehmen.

Einige Druckfehler, welche sich eingeschlichen haben, wie z. B. Seite 58 Zeile 11, wo Nominant statt Nominat, und Seite 107 Zeile 8, wo wie statt wo steht rc bitte ich bei dem Durchlesen zu berichtigen.

Inhaltsanzeige.

I. Zur Prozeßordnung.

Seite.

Zu §. 1.) Einrichtung der Vollmacht für Vertreter vor Gericht im allgemeinen — wer kann eine solche ausstellen? Verfahren, wenn um Erlaubniß zur Vertretung vor den H Aemtern nachgesucht wird — Bestellung eines Mandatars zur Annahme der Insinuationen . . . . 1—6.

— §. 2.) Von der ausnahmsweise gewissen Personen ertheilten Befugniß ohne Vermittlung eines recipirten Procurators vor den Obergerichten zu handeln . . . . 6.

— §. 3.) Von der Klagenhäufung
a) Der objectiven.
b.) Der subjectiven . . . . 7—11.

— §. 4.) Richterliche Prüfung der Klage; Verwerfung der nach des Klägers eigenem Vortrage unbegründeten Klagen . . . . 11—13.

Bestimmungen über den Gerichtsstand . . . . 14—16.

Zu §. 5) Allgemeiner Grundsatz über Androhung der Rechtsnachtheile in allen Decreten; dessen Anwendung auf das bedingte Mandatsverfahren bei den H Aemtern. Hauptgrundsätze über das amtliche Verfahren zu Protocoll . . . . 17—21.

Von den Contumacialerkenntnissen . . . . 21—23.

Zu § 7) Betrachtungen über das Verfahren bei Klagen auf Trennuug der Ehe . . . . 23—24.

— §. 8) Ueber die Versäumnisse der Curatoren und der Officialanwälte für arme Partheien; Pflichten der Letztern . . . . 24—26.

— §. 9.) Von Nachbringung der Vollmacht . . . 26.

— §. 10.) Einreden, welche von der Erklärnng in der Hauptsache befreien — Dunkelheit der Klage; Incompetenz; Cautionsleistung wegen der Prozeßkosten; entschiedene Sache; Litispendenz. — Unstatthaftigkeit des Executionsprozesses . . . 26—28.

— §. 11.) Von der Legitimation zur Sache, und der Einrede der fehlenden Legitimation zum Prozesse . . . . . : . . . . 28—29.

Seite.

Zu §. 12 und 13.) Verfahren bei geforderter Caution für die Prozeßkosten . . . . 29–30.
— §. 14.) Von der Recusation des Richters . . 30–31.
— §. 15.) Grundsätze über die Antwort des Beklagten 31–33.
— §. 16.) Von den Einreden, insbesondere denjenigen, welche erst nach Einlassung auf die Klage entstanden sind, und von der Nachholung des Versäumten im amtlichen Protocollarverfahren . . . . . 33–36.
— §. 17.) Von der Wiederklage—Cautionsleistung dafür 36–40.
— §. 18.) Von den Repliken . . . . 40–41.
— §. 19.) Ueber Aenderung und Verbesserung der Klage . . . . 41–43.
— §. 20.) Von den Dupliken . . . . 43.
— §. 21.) Ueber Vorlage von Originalurkunden im ersten Verfahren . . . . 43–44.
— §. 22 und 23.) Von der Litisdenunciation . . 44–47.
— §. 24 und 25.) Fortsetzung — insbesondere von der Unstatthaftigkeit eines Verfahrens über den Grund der Litisdenunciation . . . . 47–48.
Von der Intervention, der Adcitation und der Denomination des Auctors 48–58
Zu §. 26.) Von dem Urtheile, dessen Form; Vergleichsversuche vor dem Urtheile, und Vergleiche nachher. 59–63.
— § 27. Vom Beweise; Abschaffung der Beweisanticipation; über die Beweispflicht . . . . . 63–66.
Form der Beweisinterlocute; Verfahren nach Erledigung einer dagegen eingelegten Appellation . . 66–67.
Zu § 28.) Verfügung auf die Beweisantretung im Allgemeinen . . . . 67–69.
— §. 29–35.) bei dem Zeugenbeweise insbesondere. 69–70.
— §. 36.) Zeugengebühren . . . . 70.–71.
— §. 40.) Ueber die allgemeinen Fragstücke . . . 71.
— §. 42.) Von dem Antrage auf wiederholte Abhör eines Zeugen . . . . 72.
— 43 und 44.) Von den Verhandlungen über den geführten Beweis, und den Beweiseinreden . . 73–74
— §. 45 und 46.) Von den verwerflichen Zeugen, und solchen Personen, welche auf ihr Verlangen von der Zeugenpflicht zu entbinden sind . . . 74–75.
— §. 47.) Fortsetzung hierüber . . . . 75–77.
— §. 50.) Vernehmung von Zeugen und Experten zum ewigen Gedächtnisse . . . . 77–79.
— § 51–62.) Beweisverfahren durch Sachverständige. 79.
— §. 63.) Von Wiederholung der Expertise . . . 79–80.
— §. 65.) Von der Einnahme des Augenscheins . 80–81.
— §. 67–68. Von dem Beweisantritte durch Urkunden; besondere Bestimmungen hierüber für das amtliche Verfahren . . . . 81–84.

Seite.
Zu §. 69.) Rechtsnachtheile, welche den Ungehorsamen treffen . . . . 84.
— §. 70.) Verfahren zum Beweise der Aechtheit der Urkunden. — Von der Beweiskraft derselben . . 85—88.
— §. 71.) Verbindlichkeit zur Edition von Urkunden. Verfahren, wenn dieselbe vom Gegner verlangt wird; Folgen des Ungehorsams . . . . 88—90.
— §. 72.) Verfahren gegen Dritte darüber . . . 90.
— §. 73.) Dessen Einfluß auf die Hauptsache. . . 91.
— §. 74.) Von dem Gerichte, wo eine solche Klage anzustellen ist . . . . 91.
— §. 75.) Von der Zurückgabe der Originalurkunden. 92.
— §. 76 und 77.) Von der Beweisantretung durch Eideszuschiebung . . . . 93—94.
— §. 79.) Von der Zurückschiebung des Eides . . 94.
— §. 80.) Abschaffung der Gewissensvertretung . 94—95.
— §. 82.) Von der Eideszuschiebung über fremde Handlungen, und bei moralischen Personen — Von dem Glaubenseide . . . . 95—97.
Von der richterlichen Prüfung des geführten Beweises im allgemeinen, und insbesondere in Bezug auf die Frage, wem der Eid aufzuerlegen ist . 97—100.
Zu §. 83.) Ueber die Anfechtung eines die ergangene Sentenz purificirenden Decrets. Bemerkungen über die Fassung der Sentenzen auf den Haupteid . . . . 101—103
— §. 84.) Ueber die Anwendung der Vorschrift dieses Paragraphen auf das Verfahren vor den H. Aemtern . . . . 104.
— §. 85.) Von dem Verfahren bei Abnahme des Eides . . . . 104—105.
— §. 89.) Verfahren, wenn der, welcher schwören soll, vor Ablage des Eides gestorben ist. 105—107
— §. 90.) Von der Eideszuschiebung im ersten Verfahren . . . . 107—108.
— §. 91. Folgen der Zurücknahme der Eideszuschiebung . . . . 108.
— §. 92.) Eid für Gefährde und Reinigungseid. 108.
— §. 93.) Von dem summarischen Verfahren im allgemeinen . . . . 109—112.
— §. 94 und 95.) Besondere Vorschriften darüber; Begutachtung deren Zweckmäßigkeit . . . . 112—115.
— §. 97.) Allgemeinheit der Vorschrift dieses Paragraphen . . . . 115.
— §. 98.) Darstellung und Erläuterung des Systems des Gesetzes über die Statthaftigkeit der Appellation . . . . 115—120.
— §. 99.) Von den Fällen, wo gegen zwei

Seite.
gleichlautende Urtheile Appellation zur dritten Instanz unstatthaft ist . . . . 120–121.
Zu § 100., 1) Von der Appellationssumme im allgemeinen; Erörterung der Frage, ob und wie dieselbe durch Zinsen hergestellt werden kann; von der Zusammenrechnung cumulirter Klageposten; desgleichen der Con- und Reconventionssumme; von Berechnung der Appellationssumme bei Servituten und im Concurse der Gläubiger; von dem gravamen ob sequelam . . . . 121—132.
2.) Von der unheilbaren Nichtigkeitsklage . . 132—135.
Zu §. 102.) Von den Rechtsmitteln gegen Contumacialurtheile . . . . 136—139.
— §. 103 und 104.) Von den Aposteln, und dem Verfahren des Unterrichters nach eingelegter Appellation im allgemeinen . . . . 139–143.
— §. 105 und 106.) Von der Einrichtung des Appellationslibells, und den Restitutionen gegen Versäumung der Fatalien . . . . . . 143 144.
— §. 108 und 109.) Von der Anhörung des Appellaten . . . . 145—146.
— §. 110.) Von dem neuen Vorbringen in der Appellationsinstanz . . . . 146–147.
— §. 111.) Ueber die reformatio in pejus . . 147—148.
— §. 113. Verfahren des Oberrichters nach Erlassung eines reformatorischen Interlocuts . . 149.
— §. 114.) Von den Beschwerden wegen verweigerter Einleitung des Verfahrens, verzögerter oder verweigerter Justiz und im Hülfsvollstreckungsverfahren . . . . 149—150.
— §. 115.) Ueber Prozeßstrafen. . . . . . 151.
— 117 — 124.) Von den Fristen, und den Restitutionen gegen deren Versäumung . . . . 151—154.
— §. 127.) Von dem Rechtsmittel der Restitution gegen Sentenzen; Verfahren dabei; von den Restitutionsgründen, und der Zeit, binnen welcher Restitution nachgesucht werden kann . . . . 154—160.
— 129 — 133.) Pflichten der Anwälte . . . 160.
— 134.) Von den Versäumnissen recipirter Procuratoren . . . . 160.
— §. 136.) Von dem privilegirten Gerichtsstande. 161–164.
— § 137. Allgemeine Bestimmungen über Anwendung des Gesetzes auf das amtliche Verfahren. 164—165.
— § 138.) Von den Ferien . . . . 165.
— §. 139.) Ueber die Gebühren der Anwälte . 165—168.
— §. 140.) Von der Anwendung des Gesetzes auf früher anhängig gewordene Prozesse . . . 168–169.

Seite.

II. Von der Vollstreckung der Urtheile.

§. 1.) Bei welchen Gerichten muß, und von welchen Personen kann die Vollstreckung der Urtheile nachgesucht werden . . . . 170—171.
§. 2.) Verfahren, wenn die Vollstreckung eines von einem andern, namentlich einem ausländischen Gerichte erlassenen Urtheils verlangt wird . 171—174.
§. 3.) Verfahren, wenn es sich um Auslieferung einer Species, oder um persönliche Leistungen handelt . . . . 175.
§. 4.) Verfahren bei Geldschulden — Executions- und Pfändungs-Decrete . . . . 175—177.
§. 5.) Auswahl der zu pfändenden Gegenstände. 177—179.
§. 6.) Ausstandsgesuche . . . . 180.
§. 7.) Allgemeine Bemerkungen über Zwangsversteigerungen . . . . 181.
§. 8.) Richterliche Decretur auf den Versteigerungsantrag . . . . 181—182.
§. 9.) Thätigkeit der mit der Versteigerung beauftragten Behörde — Ausschreiben und Bekanntmachung der Versteigerung . . . . . 182—183.
§. 10.) Eröffnungen an die Interessenten darüber. 183—184.
§. 11.) Bestimmungen über die Zahlungstermine und über die Erhebung der Gelder. . . . 184—186.
§. 12.) Von der Abhaltung der Versteigerung, Form des Versteigerungsprotocolls . . . . 186—188.
§. 13. Act des Ausbietens — Beendigung des Acts. 188.
§. 14.) Verfahren nach der Versteigerung — amtliche Genehmigung — Nachgebote — Bekanntmachung an die Steigerer — Immission . . 188—190.
§. 15.) Verfahren wenn die ausgebotenen Objecte keine Käufer fanden; wiederholte Versteigerung — Adjudicationsverfahren . . . . . 190—192.

III. Von dem Verfahren bei dem Concurse der Gläubiger.

§. 1.) Allgemeine Bemerkungen . . . . . 193—194.
§. 2.) Von dem Concursgerichte . . . . . 195.
§. 3.) Gründe des Concursverfahrens
a.) Güterabtretung . . . . 196.
§. 4. b) Mangelnde Nachweise von Zahlungsmitteln bei der auf Andrang von Creditoren vorgenommenen Vermögens-Untersuchung. Concurserkenntniß . . . . 196—199.
§. 5.) Von der Anordnung eines provisorischen Massecurators, und der Inventarisation . . 199.
§. 6.) Form und Inhalt der Edictalladungen . 199—201.

Seite.

§. 7.) Von dem Liquidationstermine, den Liquidationsklagen und der Anordnung eines Contradictors . . . . 201—202.
§. 8) Abwendnng des Concursverfahrens durch Vergleiche und remissorische Verträge . . . 202—203.
§ 9.) Erwählung des definitiven Massecurators von Seiten der Creditoren — dessen Pflichten. 204—205.
§. 10.) Versilberung der Masse . . . . . . 205.
§. 11.) Präclusion der nicht erschienenen Gläubiger . . . . 206.
§. 12.) Von der Einrichtung des Locationsurtheils, und von den Prioritätsprozessen . . 206—208.
§. 13.) Bestimmungen im Locationsurtheile über die Zahlungspflichtigkeit der Ehefrau des Cridars. 208—209.
§. 14. Weitere Grundsätze über Abfassung des Locationsurtheils . . . . 210.
§. 15.) Von den Distributiv-Decreten, und der Auslieferung der Masse an die Berechtigten . 210—212.
§. 16.) Ueber Vorauszahlungeu aus der Masse. 212—213.
§. 17.) Von der Einrichtung der Concursacten. 213—214.

Zur Prozeßordnung.

Zu §. 1.

Zu solchen Verwaltern fremder Rechte, deren Bevollmächtigung für die Legitimation des Anwalts zum Prozesse genügt, gehören auch die Factoren einer Handlung; überhaupt muß Jeder hierher gezählt werden, welcher mit Verwaltung eines ganzen Vermögens mit Einschluß der in Bezug darauf zu führenden Prozesse beauftragt ist. Sollte übrigens in solchen Fällen nicht zugleich eine beglaubigte Abschrift der den Aussteller der Vollmacht legitimirenden Urkunde producirt werden, so darf das Gericht sich keineswegs mit vagen Attestationen begnügen, sondern muß verlangen, daß in der Bescheinigung der die Vollmacht legalisirenden Behörde ein genügender Grund ihrer Kenntniß der angegebenen Qualität des Ausstellers der Vollmacht bezeichnet werde.

Da der Ehemann nicht befugt ist in solchen Prozessen, welche die Substanz des privativen Vermögens seiner Ehefrau betreffen, für dieselbe vor Gericht ohne Vollmacht zu handeln, so ist es klar, daß ein in einem solchen Prozesse auftretender Anwalt einer von der Frau ausgestellten Vollmacht bedarf. Daß diese Vollmacht auch von dem Ehemann genehmigt sey, ist nirgends vorgeschrieben.

General-Rescript vom 26. November 1822 pos. 2. (in No. 16. des Verordnungsblatts von 1825).

Ueberhaupt muß wohl die allgemeine Regel aufgestellt werden, daß eine von der Frau ausgestellte Vollmacht überall da nöthig ist, wo dieselbe nach der Rubrik und der Sachbitte der Klage als Mitklägerin oder Mitbeklagte erscheint.

Uebrigens kann es nach der Verordnung vom 10. Januar 1825 keinem Zweifel unterliegen, daß der Ehemann als Vertreter der ehelichen Gemeinschaft wegen Eheschulden allein belangt werden kann. Diesen Grundsatz hat das Herzogl. Oberappellationsgericht in seinem Erkenntnisse vom 6. Juli 1836 in Sachen Herber gegen Kreidel ausgesprochen.

Die Vollziehung der in derselben Position des Rescripts vom 26. Nov. 1822 niedergelegten Vorschrift, daß Streitgenossen zu Bestellung eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten angehalten werden sollen, wird keinen Schwierigkeiten unterliegen, wenn der Richter darauf achtet, daß nicht Streitgenossenschaften gebildet werden, wo solche nach den Gesetzen nicht begründet sind. (vgl. §. 3. unten.) Findet es sich daher bei der Einlassung auf die Klage, daß als Streitgenossen belangte Personen ein verschiedenes Interesse haben, oder daß ihre Vertheidigungsmittel verschieden sind, so muß der Richter jetzt noch Trennung der Acten verfügen. Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen hat die Aemter seines Bezirks hierauf wiederholt aufmerksam gemacht.

Sollten dagegen bei einem wirklich begründeten Litisconsortium die Beklagten der Auflage des Gerichts einen gemeinschaftlichen Anwalt zu bestellen, nicht nachkommen, so kann ein Rechtsnachtheil in der Sache selbst nicht ausgesprochen, sondern, da es sich blos um eine Ordnungsvorschrift handelt, nur durch Prozeßstrafen der

richterlichen Auflage Folge verschafft werden. Der Fall ist meines Wissens bei den höhern Gerichten selbst noch nicht vorgekommen. Die H. Hof- und Appellationsgerichte zu Dillenburg und Usingen haben aber in diesem Sinne an die H. Aemter rescribirt, namentlich letzteres an das Amt Eltville am 9. Juli 1830.

Nach den Rescripten des H. Staats-Ministeriums vom 20. October 1823 und 4. März 1835 bedürfen die Herzogl. Recepturbeamten und deren Gehilfen zur Führung der Prozesse des Herzogl. Domanialfiscus und der unter Verwaltung der H. Landes-Regierung stehenden öffentlichen Fonds bei den Herzogl. Aemtern keiner besondern Vollmacht, sondern es reicht hin, daß sie das mit Führung des betreffenden Prozesses sie beauftragende Rescript dem Amte vorlegen, welches dasselbe in Original oder in beglaubigter Abschrift zu den Acten zu nehmen hat. Dieses Rescript muß übrigens zur Führung des ganzen Prozesses, nicht blos zu einzelnen prozessualischen Handlungen, z. B. Uebergabe der Klage, Exceptionalhandlung ꝛc. ermächtigen.

Die in der Vollmacht auszudrückende Erlaubniß zu substituiren hat dem Eingange des Paragraphen gemäß nur die Wirkung, daß der auftretende Anwalt zu einzelnen prozessualischen Handlungen einen Substituten ernennen kann, nicht aber, daß er einem Andern die Führung des ganzen Prozesses übertragen darf.

Nicht ganz deutlich gefaßt ist die Stelle des Paragraphen: Wäre die Vollmacht ꝛc. — Der Sinn ist ohne Zweifel der, daß der Anwalt, auch wenn die Vollmacht der Erben des Gewaltgebers nicht erwähnt, nach des Gewaltgebers Tode den Prozeß so lange fortsetzen soll, bis sein Auftrag auf andere Art erloschen ist.

In dem Dekrete, worin die in dem Gesetze angedrohte Strafe dem ohne gehörige Vollmacht aufgetretenen Anwalte angesetzt wird, ist demselben anzukündigen, daß wenn er die Vollmacht in einer weitern Frist nicht beibringe, Mangel an Auftrag angenommen werden würde.

Die Nothwendigkeit, zur Führung eines Prozesses einen bei dem betreffenden Gerichte recipirten Prokurator zu bestellen, tritt bekannter Maaßen nur bei den Obergerichten ein; bei den Prozessen vor den Herzogl. Aemtern ist mündliche persönliche Verhandlung Regel und nur ausnahmsweise Vertretung, oder schriftliches Verfahren gestattet; eine Ausnahme, welche, wenn sie nicht in den persönlichen Verhältnissen der Parthei ihren Grund hat, sondern wegen Verwicklung der Sache oder bedeutendem Werthe des Streitobjects nachgesucht wird, nur in Folge einer besondern Erlaubniß des betreffenden H. Hof- und Appellations-Gerichts eintreten kann. Hat jedoch die eine Parthei von dem Herzogl. Hofgerichte eine solche Erlaubniß bereits erhalten, so sind die Herzogl. Beamten ermächtigt, dieselbe Erlaubniß auf Ansuchen auch der Gegenparthei zu ertheilen.

Amtsverwaltungsordnung §. 3.

Verordnung vom 13. December 1825 pos. III.

Ueber das bei dem Nachsuchen dieser Erlaubniß im Laufe eines bereits begonnenen Prozesses einzuhaltende Verfahren hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen den H. Aemtern folgende Instruction ertheilt:

Erklärt eine Parthei in dem anberaumten Termine, daß sie um diese Erlaubniß nachsuchen wolle, so ist diese Erklärung als Fristgesuch zu behandeln und ein neuer Termin zur Verhandlung in der Sache, odır zur Einreichung einer Vorstellung an das H. Hofgericht unter

den nach Lage des Prozesses geeigneten Rechtsnachtheilen anzuberaumen. Kommt das Gesuch ein, so ist dasselbe mit den Acten durch gutachtlichen Bericht dem H. Hofgerichte vorzulegen, den Partheien aber durch ein Dekret zu eröffnen, daß der Prozeß aus diesem Grunde sistirt sey, und nach Rückkehr der Acten ein die Fortsetzung der Sache bezweckendes Dekret von Amtswegen werde erlassen werden.

Wird nun aus einem der gesetzlich vorgesehenen Gründe ein Prozeß bei Amte durch einen Bevollmächtigten geführt, so ist es Pflicht des Richters auf ordentliche Bevollmächtigung nach Maasgabe der Prozeßordnung zu halten.

Zur Erleichterung der Rechtshilfe ist es gestattet, daß um einen Zahlungsbefehl für einen Andern abzuholen Vollmacht nicht nöthig ist, sondern hinreichende Instruktion über die klagbar vorzubringenden Ansprüche genügt. In dem anberaumten Termine muß aber die Parthei selbst, oder in Fällen, wo dieses statthaft ist, durch einen gehörig Bevollmächtigten erscheinen. Von den ferneren Dekreten in dem Hilfsvollstreckungsverfahren gilt dasselbe, was von dem Zahlungsbefehle bemerkt wurde.

Eine außer dem Bezirke des Amts, bei welchem der Prozeß geführt wird, wohnende Parthei muß innerhalb des Amtsbezirks einen Mandatar zur Annahme der Insinuationen, und Zahlung des erforderlichen Stempelpapiers bestellen. Wenn in der Klagschrift eine solche Ernennung fehlt, so muß deren Nachholung vor Mittheilung der Klage aufgegeben werden.

Ist aber der bestellte Anwalt ein bei den Obergerichten recipirter Prokurator, so genügt, wenn auch dieser

außer dem Amtsbezirke wohnen sollte, die Bezeichnung einer Person innerhalb des Amtsbezirks zu Zahlung der Stempelkosten, indem die H. Aemter verpflichtet sind, den angestellten Prokuratoren die Dekrete durch Requisition insinuiren zu lassen.

Verordnung vom 13. December 1825. IV.

Uebrigens ist es gestattet, daß in der in unterer Instanz übergebenen Vollmacht zugleich Prokuratoren für die höheren Instanzen ernannt werden für den Fall, daß der Prozeß dahin gelangen sollte.

Generalerlasse des H. Oberappellationsgerichts an die Prokuratoren vom 9. März und 3. Juni 1836.

Zu §. 2.

Die H. Nass. Obergerichte haben den Grundsatz angenommen, daß in Bezug auf die Sanktion dieses Paragraphen nur derjenige als Rechtsgelehrter zu betrachten sey, welcher entweder von dem Staate in dem Justizfache angestellt ist, oder doch das Staatsexamen in der Rechtswissenschaft bestanden hat. Eine feste Grenzlinie zu ziehen erschien hier höchst nöthig, da die Strenge der Präjudizien im schriftlichen Verfahren den Halbgelehrten sehr gefährlich werden kann.

Ist nun diese Eigenschaft in der Person des Klägers dem Gerichte nicht officiell bekannt, so hat es demselben deren Bescheinigung aufzugeben ehe es die Klage mittheilt. Wird dieselbe von dem zur Erklärung durch einen bevollmächtigten recipirten Prokurator aufgeforderten Beklagten in Anspruch genommen, so muß er sie in der Erklärung auf die Klage nachweisen, und eventuell um eine Frist zu dieser Nachweise anstehen.

Zu §. 3.

Diese Bestimmung ist offenbar eine blose Ordnungsvorschrift. Der Gesetzgeber wollte nur die gemeinrechtlich sehr ausgedehnte Befugniß zur objectiven Cumulation von Klagen so weit beschränken, daß nicht dem Zwecke einer ordentlichen Prozeßleitung zuwider solche Ansprüche in einem Klagevortrage verbunden würden, wo voraussichtlich die Verhandlung über den einen jene über den andern erschweren, und die Möglichkeit endlicher Entscheidung verzögern dürfte.

Dieses wird in der Regel eintreten, wenn mehrere auf verschiedene Objecte gerichtete dingliche Klagen, oder mit einer dinglichen Klage persönliche nicht connexe Ansprüche verbunden werden wollten; häufig auch da, wo verschiedene auf Prästation bestimmter Objecte gerichtete persönliche Klagen in dem nämlichen Prozesse vorgebracht würden.

Anders ist es aber bei solchen persönlichen Ansprüchen, welche sämmtlich Geldprästationen bezwecken. Die in solchen Fällen meistens zweckmäßige, und oft nothwendige Verbindung wollte der Gesetzgeber nicht untersagen. Denn zu welcher unendlichen Vermehrung der Prozesse würde es führen, wenn die vielen kleineren Geldforderungen, welche in Folge des täglichen Verkehrs ein Mensch an den andern aus verschiedenartigen Gründen hat, alle zu Gegenständen besonderer Prozesse gemacht werden sollten! Aber auch selbst bei bedeutendern Geldforderungen würde eine solche Trennung in den meisten Fällen nicht nur die Prozesse ohne Grund vermehren, sondern auch häufig dem Kläger sehr nachtheilig seyn. Wenn nämlich der Beklagte Einreden der Compen-

sation entgegen zu setzen hätte, so könnte er dieselbe Einrede jedem der separirten Klageansprüche entgegen setzen und eine Verhandlung darüber in allen Prozessen veranlassen. Wäre dieselbe nun wirklich gegründet, so würde sie nothwendig die Abweisung des Klägers in sämmtlichen Prozessen herbeiführen, wenn auch der Gesammtbetrag seiner Forderungen die Gegenforderung noch so sehr übersteigen sollte. Was von einigen Rechtslehrern z. B. Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Band 1. Abhandlung 14. §. 3. zur Vertheidigung der Statthaftigkeit der Replica compensationis angeführt wird, ist meiner Ueberzeugung nach nicht haltbar, und Gönner, der das Gegentheil behauptet, hat sicher recht. Wo wäre das Ende des Prozesses, wenn der Kläger in der Replik unter dieser Rubrik neue Klagen vorbringen könnte, welche dann in Duplik neue Einreden, in der Triplik neue Repliken veranlaßten. Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen hat sich auch bereits in mehrern Sachen, wovon ich als Beispiel die Sache Lippert gegen Dern pcto convent. et reconv. anführe, gegen die Statthaftigkeit der replica compensationis ausgesprochen

Dieses vorausgesetzt würde der von einem listigen Beklagten herumgeführte Kläger in einem solchen Falle kein anderes Mittel haben, als nach Verlust des ersten Prozesses in allen noch anhängigen Prozessen die durch das ergangene Urtheil nunmehr erfolgte Tilgung des Compensationsanspruchs als neue Replik vorzubringen, und so diese Prozesse zu erneuern. Zu welchen Weiterungen aber dieses führt, davon haben die vor mehrern Jahren bei dem H. Amte zu Wiesbaden verhandelten im Wege der Appellation an die Obergerichte gelangten

Prozesse zwischen dem Oberbereuter Kraft und Hofmetzger Fischer zu Biebrich Beispiele geliefert.

Die Obergerichte des Herzogthums haben sich daher in vielen Entscheidungen für die Statthaftigkeit der Cumulation von mehrern Geldforderungen in einem Klagevortrage ausgesprochen. Als Beispiele bezeichne ich die von dem H. Oberappellationsgerichte bestätigten Erkenntnisse des H. Hof- und Appellationsgerichts zu Usingen in Sachen Kost gegen Bäppler vom 26. Februar 1834 und in Sachen Geyer gegen Geyer vom 11. April 1835, in welchen beiden Sachen der Beklagte auf die Zulassung der Cumulation eine Beschwerde gegründet hatte.

Jedenfalls würde aber selbst dann, wenn die Vorschrift dieses Paragraphen auffallend verletzt wäre, eine Nichtigkeit des Verfahrens hieraus nicht abgeleitet werden können; auch wird das höhere Gericht sich nicht leicht veranlaßt finden auf eingelegte Appellation nach vollständiger Verhandlung eine Trennung unzweckmäßig cumulirter Klageansprüche zu verfügen.

In Bezug auf die subjective Klagencumulation hat unser Gesetz an den Grundsätzen des gemeinen deutschen Prozesses nichts geändert.

Eine Streitgenossenschaft ist

Linde Lehrbuch ꝛc. §. 109.

da vorhanden, wo mehrere Personen als Mitkläger aus einem und demselben Rechtsgrunde einen und denselben Gegenstand ansprechen und in einer und derselben Partheirolle ihr Recht gemeinschaftlich verfolgen; oder auf gleiche Weise als Mitbeklagte vereint belangt werden.

Sehr gründlich ist diese Lehre von Martin in dem Magazine für den gemeinen bürgerlichen Prozeß Heft 1. 2. und 3. behandelt.

Was die controverse Frage betrifft, ob bei untheilbaren Sachen der Beklagte vermittelst der Einrede mehrerer Streitgenossen die gemeinschaftliche Verhandlung von sämmtlichen Berechtigten und beziehungsweise gegen sämmtliche Verpflichtete fordern könne, so halte ich die verneinende Ansicht sowohl nach dem Texte der l. 1. Cod de consort. ejusdem litis (3. 40.), als auch der Natur der Sache für die richtige. Wirkliche Nachtheile können offenbar daraus nicht entstehen, wenn der Beklagte theilweise verurtheilt oder freigesprochen wird; denn er restituirt in dem Falle des Unterliegens dem Kläger den im Streit befangenen Theil der Sache; gewinnt er aber, so muß der Kläger die Kosten des Prozesses ersetzen. Der entgegengesetzte Grundsatz aber würde, wie Kaiser Julian in der angeführten Constitution (vergl. Codex Theod. II. 5. const. unica) sagt, der astutia possidentium den Weg zu artificiosis obstaculis aller Art öffnen.

Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen hat auch in diesem Sinne mehrmals erkannt.

Außer den Fällen, wo derselbe Gegenstand aus demselben Grunde gefordert wird, dürfte eine subjective Klagenhäufung mit den Grundsätzen unsers Prozesses nicht häufig zu vereinigen seyn. Insbesondere können die römischen Prozeßvorschriften in l. 25. §. 4. D. fam. hersesc. (10. 2) und l. 52. §. 14. D. pro socio, (17. 2) welche in unserm schriftlichen Verfahren zu Verwicklungen aller Art Veranlassung geben würden, bei uns gewiß keine Anwendung finden.

Dagegen bieten sich z. B. bei Prädialservituten und deutschen Realgerechtigkeiten Fälle dar, wo, wenn es sich auch nicht gerade um dieselbe Sache handelt, doch eine gemeinschaftliche Verhandlung zwischen verschiedenen Klä-

gern resp. Beklagten ganz zweckmäßig erscheint. Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen und das H. Oberappellationsgericht haben dieselbe sowohl bei der confessoria als der negatoria actio stets zugelassen, wenn es sich z. B. darum handelte, ob dem Besitzer eines Grundstücks eine Weggerechtigkeit über mehrere andern zustehe, oder ob ein Zehntrecht in Bezug auf mehrere Grundstücke in gleicher Lage begründet sey, ferner bei Streitigkeiten über Wässerungsgerechtigkeiten unter den Besitzern mehrerer Wiesen, oder zwischen Wiesenbesitzern und Mühlen ꝛc. Ich bezeichne hier als Beispiele die Prozesse zwischen den Zehntbesitzern zu Bärstadt und Langen-Schwalbach mit den Güterbesitzern verschiedener Districte wegen Zehntens.

Das Prinzip der Zweckmäßigkeit muß hierbei entscheiden. Man vergleiche die Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 1. Abhdlg. 14 u. 15.

Zu §. 4.

Gegen die Zweckmäßigkeit der durch diesen Paragraphen dem Richter eingeräumten Befugniß, eine Klage ohne vorherige Vernehmung des Beklagten abzuweisen, hat sich noch in neuester Zeit die Stimme eines ausgezeichneten Rechtslehrers wiederholt erhoben.

Mittermaier im Archive für civilistische Praxis Bd. 5. S. 355 flg. Bd. 9. S. 121 ꝛc. und Bd. 11. S. 441 ꝛc.

Indessen hat die vorliegende Bestimmung sich bisher praktisch als durchaus nützlich bewährt, und nicht häufig ist das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen in dem Falle gewesen, die Mittheilung einer von einem H.

Amte unrichtiger Weise ohne Vernehmung des Gegners abgewiesenen Klage anzuordnen.

Gewiß werden durch eine sofortige Prüfung der Klage in allen ihren Theilen, welche unser Gesetz dem Richter zur Pflicht macht, unnöthige Prozesse, und der aus solchem zwecklosen Verfahren entstehende Kostenaufwand vermieden. Dagegen werden nur selten mangelhafte Klagen durch Erklärungen des Gegners vervollständigt werden; auf solche Fälle aber, wo der Beklagte dem Kläger gleichsam die Waffen liefert, darf der Gesetzgeber gewiß seine Vorschriften nicht berechnen.

Da die H. Nassauischen Civilgerichte nach dem Gesetze vom 23. Dezember 1820 zu allen nicht blos prozeßleitenden Dekreten Entscheidungsgründe mitzutheilen verpflichtet sind, kommt der Kläger, dessen Klage angebrachter Maaßen abgewiesen wird, sofort in die Lage seinen mangelhaften Klagevortrag zu verbessern. Aber auch in den Fällen, für deren Annahme die Vermuthung nicht streiten kann, daß ein Unterrichter ohne hinreichenden Grund eine Klage ohne Mittheilung an den Gegner abweisen sollte, ist des Klägers Schaden nicht groß; denn er kann vermittelst einer nach §. 114 der Prozeßordnung zu erhebenden Beschwerde bei dem raschen Gange unserer Justiz in kurzer Zeit eine Weisung des Oberrichters erwirken, daß der Unterrichter das Verfahren einleiten solle.

Von selbst versteht es sich übrigens, daß der Richter bei Prüfung des Klagevortrags zum Zwecke der Mittheilung nicht mit übermäßiger Aengstlichkeit und Schärfe verfahren darf, besonders da §. 18 der Prozeßordnung Verbesserungen der Klage in der Replik gestattet.

Auflagen, die Klageschrift durch Nachträge zu ver-

bessern, sind nicht zweckmäßig und werden von den H. Hof- und Appellationsgerichten nie gemacht. Denn ist der Kläger im Stande eine ordentliche Klage zu begründen, so ist es gewiß zweckmäßiger, daß dieses in einem das Ganze umfassenden neuen Vortrage, als in Form eines Nachtrags zu einer übel gerathenen Schrift geschieht.

In solchen Fällen übrigens, wo mehrere Ansprüche auf statthafte Weise in einer Klagschrift objectiv cumulirt sind, und der Richter einige gegründet, andere ungegründet findet, würde es nicht zweckmäßig seyn, wenn er die seiner Ansicht nach unzegründeten sofort verwerfen, und nur über die andern Erklärung fordern wollte. Er muß vielmehr diesen Ausspruch reserviren, bis er auch über die nach dem Vortrage begründeten Forderungen, sey es nun auf Beweis, oder endlich erkennt. Die entgegenstehende Bestimmung des Reichsabschieds von 1600 §. 30 mag zwar für das Reichskammergericht als höchste Justizbehörde ganz zweckmäßig gewesen seyn, aber auf das Verfahren vor Untergerichten ist sie offenbar unpassend, indem, falls nun der Kläger wegen der verworfenen Ansprüche nach §. 114 der Prozeßordnung Beschwerde bei dem Oberrichter führte, bei der erfolgenden Einforderung der Akten auch wegen der angebrachter Maaßen gegründeten Ansprüche das ganze Verfahren gehemmt seyn würde.

Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen hat die ihm untergebenen Aemter hierauf bereits in mehreren Fällen aufmerksam gemacht. Als Beispiel bezeichne ich die Entscheidungsgründe zum Dekrete vom 5. Sept. 1835 in Sachen der Rosine Abraham gegen Herz Isaak.

Was den Gerichtsstand betrifft, so gelten, da die Prozeßordnung mit Ausnahme der in §. 136 über den privilegirten Gerichtsstand enthaltenen Bestimmungen über

diesen Punkt schweigt, bei uns im allgemeinen die gemeinrechtlichen Grundsätze.

Durch die Verordnung vom 20. Juli 1825 ist bestimmt, daß alle Klagen der Katholiken auf Scheidung der Ehe von Tisch und Bett, eben so wie die Klagen der Evangelischen auf Ehescheidung in erster Instanz vor das einschlagende H. Hof- und Appellationsgericht und in zweiter Instanz vor das H. Oberappellationsgericht gehören. Die Klagen der Katholiken auf Nichtigkeit der Ehe gehören dagegen vor die geistlichen Gerichte, und zwar bildet, da die in der gedachten Verordnung von 1825 constituirten geistlichen Gerichte in Folge der Bildung der Oberrheinischen Kirchenprovinz, (Verordnungsblätter No. 16 u. 17 von 1827) aufgehoben worden sind, das Domkapitel zu Limburg die erste und das Metropolitankapitel zu Freiburg die zweite Instanz.

Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen hat bei Ehestreitigkeiten unter Eheleuten verschiedener Confession in wiederholten Entscheidungen sich meiner Ueberzeugung nach mit Recht dahin ausgesprochen, daß der Gerichtsstand des klagenden Theils der competente sey; denn er verlangt die Lösung des ehelichen Bandes, welche nur von der nach seiner Confession hierzu ermächtigten Behörde auf eine für ihn geltende Weise ausgesprochen werden kann. — Ob dadurch auch der andere Gatte frei wird oder nicht, darauf kommt es zu seinem Zwecke nicht an, sondern dieser mag sich an seine Behörde wenden. — Das H. Oberappellationsgericht hat sich durch Bestätigung der hofgerichtlichen Erkenntnisse zu denselben Grundsätzen bekannt.

Der Ehescheidungsklagen der Juden erwähnt zwar dieses Gesetz nicht; die H. Hof- und Appellationsgerichte

haben aber nach dessen Analogie dieselbe ebenfalls als zu ihrer Competenz gehörend angenommen.

Sodann ist durch das Gesetz vom $^5/_6$ Januar 1816 die Entscheidung über Injuriensachen den Civilgerichten entzogen, und verfügt, daß in der hierüber einzuleitenden Untersuchung auch wegen der Privatgenugthuung erkannt werden solle. Es versteht sich übrigens von selbst, und das Herzogl. Oberappellationsgericht hat es in dem Dekrete vom 20. Juli 1836 in Sachen M. gegen v. P. ausdrücklich erklärt, daß hierdurch die Civilklage aus dem aquilischen Gesetze nicht ausgeschlossen ist.

In Bezug auf unsere Gerichtspraxis bei gemeinrechtlich controversen Fragen über den Gerichtsstand bemerke ich folgendes:

1) Daß bei Realklagen der allgemeine Gerichtsstand des Wohnorts nicht electiv mit dem Gerichtsstande der gelegenen Sache concurrirt, ist durch die Bestimmung in §. 136 der Prozeßordnung, wonach der privilegirte Gerichtsstand bei Realklagen wegfällt, entschieden, und in unserer Rechtssprechung als zweifellos angenommen. Hieraus folgt wohl, daß auch bei petitorischen Erbschaftsklagen das forum rei sitae bei uns als das allein zuständige zu betrachten ist, was übrigens, wie Hefter im Archive für Civilpraxis Bd. 10 No. 9 meiner Ansicht nach gründlich nachgewiesen hat, auch gemeinrechtlich das richtige seyn dürfte. Ein Ausspruch unserer Obergerichte über diese letztere Frage ist mir indessen nicht bekannt.

2) Daß der Gerichtsstand des Wohnorts und des Contrakts electiv concurriren, und letzterer weder durch die Anwesenheit des Beklagten noch durch Vermögensbesitz im Gerichtsbezirke bedingt sey, dafür hat sich die Praxis der Herzogl. Nass. Obergerichre stets ausgesprochen.

3) Für die ausschließende Zuständigkeit des Gerichtsstands der geführten Verwaltung ist bereits in mehrern Fällen, wovon ich den Prozeß der Kaisers Kinder gegen den Oberförster Scheuch zu Kemel wegen Forderung aus Vormundschaftsverwaltung als Beispiel anführe, entschieden worden.

4) Die Erkennung eines Arrestes mit der Wirkung, daß der erkennende Richter nun auch für die Hauptsache competent wird, gehört ausschließlich zum Ressort der Herzogl. Aemter. So wurde bereits in mehreren Fällen, wovon ich das von dem Herzogl Oberappellationsgerichte bestätigte Dekret des H. Hof- und Appellationsgerichts zu Usingen in Sachen des Banquiers Formachon und Kons. gegen die Frau Fürstin von Saarbrücken vom 10. Juni 1835 als Beispiel bezeichne, von den Obergerichten erkannt.

Dagegen ist, wenn in einem bei einem H. Hof- und Appellationsgerichte als Gericht erster Instanz anhängigen Prozesse ein Arrestgesuch als Incidentpunkt vorkommt, von diesem darüber zu erkennen. So erkannte das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen durch Dekret vom 23. April 1833 einen Arrest in Sachen des katholischen Kirchenvorstandes zu Wiesbaden gegen Baurath Schrumpf zu Biebrich, und dieses Erkenntniß wurde von dem H. Oberappellationsgerichte durch Dekret vom 30. August 1833 bestätigt.

Ich bemerke endlich noch, daß die H. Schuldentilgungs-Commission durch ein Rescript des H. Staatsministeriums vom 25. September 1824 angewiesen worden ist, alle Arrestanlagen auf bei ihr angelegte Gelder anzuerkennen, welche ihr von dem den Arrest anlegenden Gerichte mitgetheilt werden.

Es kann hiernach keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß dasselbe auch bei jedem den privilegirten Gerichtsstand geniesenden Privaten in Bezug auf von den H. Aemtern ausgehende Arrestanlagen der Fall ist.

Zu §. 5.

Ein durchgreifender Grundsatz unsers Prozesses ist es, daß in jedem eine Handlung vor Gericht aufgebenden Decrete der im Falle des Versäumnisses zu verwirklichende Rechtsnachtheil stets ausdrücklich angedroht seyn muß.

Prozeßordnung §. 118 und Verordnung vom 13. Dezember 1825 pos. VI.

Der bei Mittheilung der Klage anzudrohende Rechtsnachtheil ist nach §. 7 der Prozeßordnung der des Eingeständnisses des Klaggrundes und des Verlustes der Einreden. — Denselben Rechtsnachtheil haben dann auch die H. Aemter in den Zahlungsbefehlen anzukündigen, welche nach pos. 1 der Verordnung vom 13. Dezember 1825 die Stelle der Klage im mündlichen Verfahren bei Amte vertreten.

In Gemäßheit dieser Bestimmung ist es geboten, daß die Rubrik des Mandats stets bestimmt und deutlich angeben muß, quid, quale, quantum, ex qua causa et cui debetur. Ist das vorliegende Rechtsverhältniß zu verwickelt, um auf diese Art klar bezeichnet werden zu können, so muß der Richter ein Protocoll aufnehmen, und es ist dem Beklagten davon eine Abschrift mit dem entsprechenden Decrete auf die für Klagbefehle vorgeschriebene Weise (Schultheißeninstruction §. 4.) zu insinuiren. Wird eine Rechnung eingeklagt, so ist die-

selbe vermittelst des Amtssiegels dem Klagebefehle anzuheften, und gleich diesem in Abschrift mitzutheilen.

Von dem H. Hof- und Appellationsgerichte zu Usingen ist es den H. Beamten wiederholt empfohlen worden, nicht wie ehemals zu geschehen pflegte, stereotyp in allen Ladungen die nämliche Stunde des Erscheinens (8 Uhr Morgens) zu bezeichnen, sondern auf verschiedene Stunden nach Maasgabe der Entfernung des Wohnorts der Partheien vom Amtssitze zu laden, und nicht eher als eine Stunde nach Ablauf derjenigen, auf welche geladen worden ist, auf Anrufen in contumaciam gegen die ausgebliebene Parthei vorzuschreiten.

Wo diese Vorschriften gehörig beobachtet wurden, wurde das so unangenehme Zudrängen zur Amtsstube in bestimmten Stunden vermindert, eine Masse von Restitutionsgesuchen beseitiget, und zugleich der große Vortheil erreicht, daß die Partheien, welche in der Regel in der Stunde, auf welche sie geladen waren, wirklich zur Verhandlung kommen konnten, nicht länger ihren häuslichen Geschäften sich entziehen mußten, als der Zweck ihres Erscheinens vor Gericht erforderte.

Wenn es nun zur Verhandlung kommt, so ist es eine Hauptregel des protocollarischen Verfahrens, (Verordnung vom 13. Dezember 1825. I. 9) daß nicht eher geschrieben wird, bis der Instruent nach Anhörung der Vorträge der Partheien und Unterredung mit ihnen es sich völlig klar gemacht hat, was ihre Absicht ist. Je vollständiger er die streitigen Verhältnisse kennen gelernt hat, desto mehr wird er in der Lage seyn, zweckmäßige Vergleichsvorschläge zu machen, und es wird ihm häufig und zwar ohne unangemessene Röthigung, wodurch es leicht den Schein gewinnen kann, als wünsche der

Richter einen Vergleich nur darum herbei zu führen, damit er sich Arbeit erspare, gelingen, die Partheien zu vereinigen, und so nicht nur durch Vermeidung von Kosten und Gängen, sondern auch durch Herstellung des gestörten Friedens unter Verwandten und Nachbarn zum Segen der Verwalteten wirken. —

Mißlingt ihm die Beendigung des Rechtsstreits im Wege des Vergleichs, so wird er durch sorgfältiges Niederschreiben der Angriffs- und Vertheidigungs-Gründe die Aufgabe lösen, welche man in dem Satze, daß der Richter den Anwalt beider Theile machen müsse, auszusprechen gesucht hat.

Jedenfalls muß er mit Protocollirung der Klage beginnen; die blose Bemerkung, daß der Kläger den Klagbefehl reproducirt, und sich darauf bezogen habe, ist nie hinreichend. Ihm muß es hier sowohl, als in Bezug auf von dem Beklagten vorgebrachte selbstständige Gegenansprüche stets klar seyn, qualis actio instituta; er wird alsdann auch Forderungen und Gegenforderungen klar und ohne schädliche Weitläufigkeit mit steter Berücksichtigung der Vorschriften in pos. 3. des Generalrescripts vom 26. Nov. 1822 über zweckmäßige Separation der Verhandlungen über statthaft cumulirte Ansprüche in dem Protocolle niederzuschreiben im Stande seyn.

Sollte von einer Parthei die deutliche Einlassung auf einen vorgebrachten Anspruch verweigert werden, so ist es des Richters Pflicht ihr die Bestimmung in §. 137 der Prozeßordnung, wonach die Verweigerung einer bestimmten unzweideutigen Antwort von Seiten einer zur Verbesserung ihrer mangelhaften Erklärung zum Protocolle aufgeforderten Parthei als Eingeständniß

zu betrachten ist, vorzulesen, dieselbe zu erläutern, und daß beides geschehen sey, in dem Protocolle zu bemerken. Die Protocolle müssen übrigens stets gehörig paginirt, und die Anlagen unter fortlaufenden Zahlen adregistrirt werden, so daß der reproducirte Zahlungsbefehl den ersten Quadrangel bildet.

Verordnung vom 13. Dezember 1825 pos. I.

Ein für den raschen Fortgang des Protocollarverfahrens höchst wichtiger Grundsatz ist der, daß die Partheien nie entlassen werden dürfen, ohne daß ihnen ein die Fortsetzung des Verfahrens bezweckendes Decret eröffnet worden ist. Ein geübter Instruent wird in der Regel ohne große Schwierigkeit sofort dasjenige Decret entwerfen können, was der Ordnung des Prozesses gemäß ist; wo aber, wie es namentlich im Beweisverfahren der Fall seyn kann, die Sache verwickelter erscheint, kann er den Partheien wenigstens eröffnen, bis zu welchem Tage das Weitere ergehen soll. Er wird diese Frist, wie alle andern auf deren Einhaltung er von Amtswegen zu achten hat, durch Eintragung in die vorgeschriebene, täglich zu revidirende Controle wahren.

Uebrigens darf

Generalrescript vom 26. Nov. 1822: (Verordnungsblatt Nro. 16. von 1825.)

weder die Leitung, noch die Entscheidung eines Prozesses den Amtsaccessisten allein überlassen werden. Die von denselben aufgenommenen Protocolle müssen daher stets den Beamten, oder den dessen Stelle vertretenden Amtssecretären, unter dessen Leitung sie aufgenommen wurden, als gegenwärtig aufführen, und keine von einem Accessisten entworfene Decretur darf den Partheien eröffnet werden, ehe der Entwurf durch die Unterschrift des Be-

amten, oder seines Stellvertreters genehmigt worden ist, welcher dadurch dafür allein verantwortlich wird. Alle den Partheien zuzustellenden Ausfertigungen müssen ebenfalls von diesen Personen unterzeichnet werden.

Um indessen diejenigen Amtsangestellten kennen zu lernen, welche sich durch Geschicklichkeit und Fleiß, oder durch gegentheilige Eigenschaften auszeichnen, hat das H. Oberappellationsgericht durch Erlaß vom 14. October 1836 vorgeschrieben, daß die Verfasser von Relationen, Entscheidungsgründen und Decreten unter den in den Acten liegenden Entwürfen als Concipienten namentlich bezeichnet werden sollen. Selbstredend findet diese Verfügung auf diejenigen Decreturen keine Anwendung, worüber wie z. B. bei Zahlungsbefehlen ꝛc. keine Akten geführt werden.

Viele sehr practische Bemerkungen über das Benehmen des Einzelnrichters finden sich bei Puchta „Ueber den Dienst der deutschen Justizämter“ einem, wenn auch mehreres von dem, was er in Bezug auf die baierische Gerichtspraxis anführt, auf unser prozessualisches Verfahren keine Anwendung findet, allen Beamten sehr zu empfehlenden Werke.

Als sehr zweckmäßig hat sich die Vorschrift in I. 1. der Verordnung vom 13. Dezember 1825 bewährt, daß ein Mandat erloschen ist, wenn es nicht in dem anberaumten Termine reproducirt wird. Aus demselben Grunde ist es auch von dem H. Hof- und Appellationsgerichte zu Usingen den Aemtern seines Bezirks untersagt worden, daß sie nicht — wie früher häufig geschah, dem Kläger auf das reproducirte Mandat das Ausbleiben des Beklagten bescheinigen, und es ihm nun überlassen später zur beliebigen Zeit das Contumacialerkenntniß zu erwirken. Man glaubte hierdurch

eine Art Schonung des Beklagten zu bewirken, irrte aber sehr, da listige Kläger die unerfahrnen Gegner oft zum Ausbleiben bestimmten und diese nun, wenn das Contumacialerkenntniß erst nach längerer Zeit erschien, ihre Restitutionsgründe nicht mehr vorzubringen, wenigstens nicht nachzuweisen im Stande waren. Will der Kläger dem Beklagten wirklich Ausstand geben, so hat er dazu Gelegenheit, indem er nach erwirktem Contumacialerkenntnisse den Antrag auf Auspfändung aufschiebt. Daß übrigens ein solches Contumacialerkenntniß im Mandatsverfahren nicht blos Execution verfügen darf, sondern unter Bezeichnung des versäumten Termins eine Condemnation zu bestimmten Leistungen enthalten muß, ist den H. Aemtern wiederholt bemerkt worden.

Eine gesetzliche Bestimmung darüber, wie lange es dem Kläger, welcher eine schriftliche Klage eingereicht hat, gestattet ist gegen den nicht antwortenden Beklagten auf ein Contumacialerkenntniß anzutragen, fehlt. Hier eine Gränze zu setzen war offenbar geboten, da mitunter erst nach Ablauf mehrerer Jahre, wo möglicher Weise eine gänzliche Umänderung aller Verhältnisse eingetreten seyn konnte, um ein Erkenntniß angerufen wurde. Durch einen Generalerlaß vom 9. September 1835 hat daher das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen den Procuratoren eröffnet, daß es kein Contumacialerkenntniß ertheilen, sondern eine neue Frist zur Erklärung auf die Klage anberaumen würde, wenn von dem Kläger nicht innerhalb sechs Monaten nach Ablauf der zur Erklärung auf die Klage anberaumten Frist darum angerufen würde.

Unsere Gesetzgebung macht keinen Unterschied unter den Wirkungen der Contumacialerkenntnisse, und solcher,

welche auf contradictorische Verhandlung ergangen sind. Nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Prozesses, worin den Vorschriften des jüngsten Reichsabschieds gemäß negative Litiscontestation in Folge des Nichterscheinens des Beklagten angenommen wird, der Kläger also dem ausgebliebenen Beklagten gegenüber stets Beweis führen muß, ist auch ein solcher unnöthig. Wo aber, wie nach unserm Prozeßgesetze geschieht, der Klagegrund für eingestanden angenommen wird, liegt ein solcher Unterschied meines Erachtens tief in der Natur der Sache. Eine Aufnahme ähnlicher Bestimmungen, wie das französische Gesetzbuch über bürgerlichen Prozeß Buch II. Tit. 8 enthält, scheint mir daher sehr wünschenswerth.

Zu §. 7.

So zweckmäßig der in diesem Paragraphen nach dem Vorgange anderer Staaten z. B. der königl. preuß. Gerichtsordnung aufgestellte Grundsatz sich durch die bisherige Erfahrung in dem bürgerlichen Prozesse im allgemeinen bewährt hat, so wenig scheint mir dessen Anwendung auf Ehescheidungsklagen angemessen zu seyn. Mit Recht betrachtet der Staat die Ehe als ein Rechtsverhältniß, welches auch abgesehen von religiösen Ansichten wegen seiner Wichtigkeit in politischer Hinsicht nicht, wie ein anderer Vertrag durch blose Willkühr der Contrahenten, sondern nur unter Mitwirkung der Gerichte wieder aufgelößt werden kann. Hiervon ausgegangen folgt aber auch, wie ich glaube, nothwendig, daß bloses Eingeständniß des beklagten Theils, sei es nun wegen Ausbleibens fingirt, oder auch ausdrücklich abgelegt nie den Grund einer Ehetrennung abgeben kann, daß vielmehr der Kläger die Thatsachen, wo-

rauf er seine Klage gründet, beweisen muß, mag der Beklagte erscheinen, oder nicht, mag er des Klägers Behauptungen eingestehen, oder leugnen.

Ich will nicht behaupten, daß Ehescheidung aus wechselseitiger Einwilligung ohne Angabe von Gründen ganz auszuschließen sey; aber ich halte hier Vorschriften über das Verfahren und die Bestimmung von Folgen der gestatteten Scheidung für nöthig, wodurch der Beweis geliefert wird, daß die Ehegatten sich nicht aus Leichtsinn, sondern darum trennen, weil ihnen das fernere Zusammenleben moralisch unmöglich ist.

Ein anderes Verfahren, als es gegenwärtig bei uns ist, scheint mir hier sehr nöthig, mag man nun hierbei das österreichische Gesetzbuch (§. 93 bis 136) oder das französische (Buch I. Tit. 6), welche beide (wenn auch, was hier nicht erörtert werden kann, von verschiedenen Principien ausgehend) sehr passende Bestimmungen enthalten, zum Muster nehmen.

Zu § 8.

Ich erinnere mich keines Falls, wo die Vorschriften dieses Paragraphen eine praktische Anwendung gefunden hätten.

Will ein Vormund sich wegen einer Schuld seines Curanden, welche er für rechtmäßig hält, während ihm vielleicht die Mittel abgehen augenblicklich zu zahlen, in contumaciam verurtheilen lassen, so ist kein Grund vorhanden ihn durch Strafen zu zwingen durch Auftreten vor Gericht die Kosten zu vermehren. In der Vormundschaftsverwaltung muß die Sache ihren Haltpunkt finden; jedenfalls steht es künftig dem Curanden frei nach beendigter Curatel Restitution zu suchen,

oder den nachläßigen Vormund zu belangen. Hat aber der Vormund wirklich einen Anwalt bestellt, so findet, wenn er ein recipirter Procurator ist, der §. 134 seine Anwendung; ist er kein solcher, so hat das Gericht keine Strafbefugniß gegen ihn. In den Fällen, wo die H. Hofgerichte einen recipirten Procurator von Amtswegen beauftragen bei ihnen, oder nach V. der Verordnung vom 13. December 1825 bei einem H. Amte für eine zum Armenrechte zugelassene Parthei zu handeln, wird diesem zugleich die Auflage gemacht anzuzeigen, daß er dem ertheilten Auftrage entsprochen habe. Betrifft der Auftrag die Anstellung einer Klage, so bleibt es ihm überlassen, wenn er nach Instruction der Parthei ihre Intention rechtlich nicht begründet findet, dieses vorzutragen, und er wird, wenn die Darstellung genügend gefunden wird, unter Mittheilung der Eingabe an die Armenparthei von dem Auftrage entbunden. Eine solche Deduction findet der Natur der Sache nach bei Appellationen, oder wenn es sich um Vertheidigung eines Beklagten handelt, nicht statt. Hier muß der Anwalt handeln, wenn sich nicht Hindernisse aus seinen persönlichen Verhältnissen ergeben sollten, in welchem Falle auf entsprechende Anzeige ein anderer recipirter Procurator ernannt wird.

Uebrigens ist nicht nur eine zum Armenrechte zugelassene Parthei von Zahlung der Stempelkosten nach §. 7. Nro. 5. des Gesetzes vom 24. Mai 1828 befreit, sondern auch ihr Gegner ist nach der Verordnung vom 8. Februar 1834 von dessen Gebrauche während des Prozesses entbunden. Das den Verhandlungen entsprechende Stempelpapier wird aber später zu den Acten cassirt, wenn der Wohlhabende ganz oder theil-

weise zu den Kosten verurtheilt wird, oder aber die Armenparthei durch den Proceß ein Vermögen gewinnt, was 150 fl. erreicht.

Zu §. 9.

Da es Fälle gibt, wo die Ausfertigung der Vollmacht sich ohne irgend ein Verschulden verzögern kann, so hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen, wenn solche Umstände wahrscheinlich gemacht wurden, auch ohne Strafe schon mehrmals eine Frist zur Nachbringung der Vollmacht verwilligt.

Zu §. 10.

Durch die Bestimmungen dieses Paragraphen sind die Verwicklungen des gemeinen Prozesses in Bezug auf die Lehre von den prozeßhindernden Einreden beseitigt. Es sollte, wenn dieser Fehler nicht mitunter vorgekommen wäre, keiner Bemerkung bedürfen, daß ohne eventuelle Einlassung in der Hauptsache vorgetragene Bemerkungen des Beklagten über Dunkelheit der Klage zur Replik nicht mitzutheilen sind, daß vielmehr der Richter sofort darüber zu entscheiden hat, ob die Klage als dunkel wie angebracht abzuweisen, oder die Einrede zu verwerfen und Erklärung in der Hauptsache aufzugeben sey. Uebrigens ist es in Verbindung mit §. 98. klar, daß wegen Verwerfung der Einrede des dunkeln Libells eine Appellation nicht statt findet.

Nicht klar und bisher nicht zur Anwendung gekommen ist die Strafbestimmung dieses Paragraphen. Hat der Beklagte in derjenigen Schrift, worin er gestützt auf eine andere der hier bezeichneten Einreden Befreiung von Einlassung in der Hauptsache ansprach, es

unterlassen auf Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten anzutragen, so ist diese Einrede, soweit ihr Grund damals schon vorhanden war, verloren. Hat er die Einrede der entschiedenen Sache ausgelassen, so kann er sie zwar nicht mehr als prozeßhindernd, aber noch als eine gewöhnliche peremtorische in der Exceptionsschrift vorbringen. Hat er die Einrede der Dunkelheit, oder die Einrede der Incompetenz vorzuschützen vergessen, der Richter überzeugt sich aber in der Folge, daß die Klageschrift wirklich dunkel, und diese Dunkelheit durch die bisherigen Verhandlungen unaufgeklärt geblieben ist, oder aber daß seine Incompetenz von der Art ist, daß durch das Verfahren eine Prorogation der Gerichtsbarkeit nicht möglich war, so muß er in jeder Lage des Prozesses die Klage als dunkel, oder als bei dem nicht competenten Richter angebracht abweisen. In beiden Fällen hat der Richter, der die Klage annahm, weit mehr gefehlt, als die Parthei, welche es unterließ ihn auf seinen Fehler aufmerksam zu machen; ein Grund die Parthei zu strafen liegt also wohl nicht vor.

Die Einrede der Litispendenz dürfte übrigens ganz so wie die Einrede der Incompetenz zu behandeln seyn, denn im Grunde ist die Behauptung, daß der sonst competente Richter nicht urtheilen könne, weil eine Prävention von Seiten eines andern Gerichts vorliege, nichts anders als eine Einrede der Incompetenz.

Bemerken will ich hier, daß durch wiederholte Entscheidungen der Obergerichte des Herzogthums seit undenklicher Zeit der Grundsatz feststeht, daß der Executivproceß bei uns nicht stattfindet, und Illiquidität der Gegenforderung deren Zulässigkeit als Compensationseinrede nie ausschließt. Zwar scheint die Pro-

zeßordnung in §. 99. §. 5. die Statthaftigkeit eines solchen Verfahrens zu unterstellen; die Gerichte sind aber, da das Gesetz nichts bestimmtes darüber verfügt, dennoch dem alten Grundsatze treu geblieben, und haben hiernach fortwährend erkannt. Als Beispiele bezeichne ich die Erkenntnisse des H. Oberappellationsgerichts vom 30. October 1833 in Sachen v. Schouler gegen Kallmann Moses, und von 17. Juli 1835 in Sachen Geiger gegen Daul.

Wirklich bedarf es bei der Raschheit, womit bei uns das Verfahren im ordentlichen Prozesse voranschreitet, keiner besondern Begünstigungen sofortigen Beweises, welche einem listigen Kläger gegenüber für einen rechtsunkundigen Beklagten, der es unterließ sich mit denselben Beweisen seiner begründeten Einreden zu versehen, oft sehr traurige Folgen haben können, indem er mit großen Opfern zahlen muß, was er längst nicht mehr schuldet, und am Ende das leere Nachsehen haben kann, wenn der unterdessen vielleicht in Vermögensverfall gerathene Kläger nach längerer Zeit verurtheilt wird, das Empfangene zurück zu zahlen. Ueber die Frage, welche Einreden im Executionsverfahren zulässig sind, werde ich mich unten äußern.

Zu §. 11.

Die Bestimmung des Gesetzes über die Legitimation zur Sache hat sich in der bisherigen Erfahrung durchaus als zweckmäßig bewährt. Ein auf Verzögerung des Prozesses denkender Beklagter kann nun nicht mehr durch Ableugnung der Legitimation zur Sache aus einem Prozesse zwei machen, vielmehr geht das Beweisverfahren über den Anspruch selbst, welches oft nicht verwickelter ist, als jenes über die Legitimation zur Sache, mit diesem gleichzeitig voran.

Ein Bedürfniß über Bemerkungen, welche wegen der Legitimation zum Prozesse gemacht wurden, eine Verhandlung zu Protocoll vorzunehmen hat sich in der Praxis nicht gefunden. Wenn, was bei der sorgfältigen Prüfung der Vollmacht, welche die H. Hof- und Appellationsgerichte stets eintreten lassen, nur selten vorkam, das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen eine solche Bemerkung gegründet fand, so gab es sofortige Nachholung des Fehlenden auf. Ein von dem übrigen Inhalte der Replikhandlung ꝛc. getrennt vorzunehmendes mündliches Verfahren über die Einrede der fehlenden Fähigkeit zur Rechtsverhandlung, oder der zu frühe erhobenen Klage hat sich zur Beförderung der Sache nicht nützlich gezeigt. Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen pflegt bei der letzten dieser Einreden die Schrift ohne Anberaumung eines Termins im allgemeinen unter den gewöhnlichen Rechtsnachtheilen zur Replik mitzutheilen.

Zu §. 12. und 13.

In einem in von der Nahmers Sammlung der Entscheidungen des H. Oberappellationsgerichts Band 1. Nro. 16 referirten Falle hat dieses Gericht am 15. November 1823 entschieden, daß gegen ein das Cautionsgesuch verwerfendes Decret Appellation statthaft sey, indem die Vorschrift des Paragraphen 12 a. E. sich blos darauf beziehe, wenn das Gericht finde, daß der Kläger schuldig sey die begehrte Caution zu leisten.

Nach der bestimmten Fassung des Paragraphen, und da auch der §. 98 Erkenntnisse über den Cautionspunkt unter den appellabeln nicht aufzählt, scheint mir diese Entscheidung nicht ohne Bedenken zu seyn. Eher noch würde ich eine die Verhandlungen in der Hauptsache

nicht suspendirende Beschwerde für statthaft halten. Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Wiesbaden verfügte auf eine solche Beschwerde in Sachen Cron und Ehefrau gegen Häberlein am 5. October 1827 die Herabsetzung einer von dem H. Amte dem Kläger auferlegten übermäßigen Cautionssumme.

Eine nicht klare Bestimmung ist die, daß bei Einklagung "liquider Forderungen" Caution für die Prozeßkosten vom Gegner nicht verlangt werden könne. Da die Caution vor der Einlassung verlangt werden muß, so kann der Richter nicht wissen, ob der Beklagte den Klageanspruch durch Abläugnung, oder blos durch Einreden zu bestreiten beabsichtigt. Jedenfalls kann man eine bestrittene Forderung, der Grund des Bestreitens mag seyn, welcher er will, nicht liquid nennen. Man muß daher wohl annehmen, daß unter diesem Ausdrucke "liquide Forderungen" solche Ansprüche verstanden sind, welche auf öffentlichen mit der Klage producirten Urkunden beruhen.

Zu §. 14.

Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen hat hinsichtlich der controversen Frage, ob die Angabe und erforderlichen Falls der Beweis von Gründen zur Recusation eines Richters nöthig sey, oder die blose eidliche Versicherung des Mißtrauens genüge, sich stets für die erstere Meinung entschieden. Als Beispiel bezeichne ich die von dem H. Oberappellationsgerichte bestätigte Decretur in der Sache der Freiherrn v. Preuschen gegen mehrere Gemeinden des H. Amts Braubach. Der entgegengesetzte Grundsatz würde zu dem Resultate führen, daß eine listige Parthei sich aus einem Collegium ihre

Richter wählen könnte, indem sie diejenigen recusirte, deren Rechtsansicht sie den von ihr vertheidigten Prinzipien nicht günstig glaubt. Sie würde auf diese Art den Gegner seinem ordentlichen Richter entziehen; denn den ordentlichen Richter bildet das Collegium nur in der von dem Regenten gemachten Zusammensetzung. Dieser höhern Rücksicht muß wohl dasjenige weichen, was man aus Gründen der Schonung ꝛc. für die andere Meinung anführt. Man vergleiche über diese Materie vorzüglich Heise und Cropp Abhandlungen Th. II. N. 2. Recusationsgründe gegen die Person eines Amtmanns müssen dem betreffenden H. Hofgerichte vorgetragen werden, damit es nach gehöriger Sachuntersuchung an die Stelle des perhorrescirten Richters einen andern kommittire.

Zu §. 15.

Die auch in einigen andern neuern Gesetzgebungen über den Prozeß z. B. jener von Oesterreich enthaltene Bestimmung, daß nicht blos Stillschweigen, sondern auch unbestimmte zweideutige Antworten für Eingeständniß gelten sollen, ist ein wahrer Gewinn für den bürgerlichen Prozeß. Hierdurch wird dasjenige vollkommen erreicht, was schon in der Absicht der weisen Verfasser des jüngsten Reichsabschieds lag, aber weder durch die Positionen (§. 49 des Reichsabschieds), noch auch durch das dem Geiste der Verhandlungsmaxime im schriftlichen Verfahren überhaupt nicht gemäße richterliche Fragerecht (§. 41 des R. Absch.) ganz erreicht werden konnte. Ueberdieß waren diese gesetzlichen Mittel die Wahrheit zu erforschen meistens ausser Gebrauch gekommen, und an ihre Stelle war ein Critisiren der einzelnen Schriftsätze und ein Einmischen in das Materielle der Ver-

handlungen durch Auflagen dieses und jenes nachzuholen getreten, welches, was auch zu seiner Vertheidigung gesagt werden mag, den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime gewiß zuwider ist und auch den redlichen Richter seiner selbst unbewußt zur Begünstigung einer Parthei führen kann. — Noch viel schlimmer war es, wenn der Richter die Schriftsätze ohne weitere Prüfung ad replicandum, duplicandum mitgetheilt hatte, und wenn er nun bei dem Entwurfe des Beweisinterlokuts sich den Kopf zerbrechen mußte, was von den Behauptungen des Gegners jeder Theil zugestanden und geläugnet habe.

Die Klarheit, womit unsere Procuratoren sich auszudrücken gelernt haben, ist eine heilsame Folge der weisen Gesetzesvorschrift. In neuerer Zeit kommen die Gerichte nicht oft mehr in den Fall in ihren Entscheidungen auf dieses Gesetz zu recurriren.

Die Bestimmung dieses Paragraphen ist mitunter dahin misverstanden worden, daß es auch unerlaubt sey, sich wegen fremder Handlungen mit Nichtwissen einzulassen, während es doch der gesunden Vernunft nach nicht anders seyn kann, und die durch diesen Artikel nicht aufgehobenen römischen Gesetze

l. 42. D. de Reg. juris (50. 17)

l. 5 in f. D. Pro Suo. (41. 10)

l. 2 et 5. D. de Juris et facti ignor. (22. 6)

so wie der jüngste Reichsabschied §. 49 dieses ausdrücklich gestatten.

In den meisten Lehrbüchern über den gemeinen Prozeß findet man die Bemerkung, daß der Richter Schriften, worin sich Injurien befinden, zum Reinigen zurück zu geben habe. Dieses auch in dem gemeinen deutschen Prozesse nicht unbedenkliche Verfahren paßt

offenbar in unsern Prozeß schon darum nicht, weil dadurch die bestimmten gesetzlichen Vorschriften über die Fristen durchlöchert würden. Aber auch in materieller Hinsicht könnte dasselbe zu großen Verwicklungen führen, wenn eine Parthei es versuchen sollte in dem zurückgegebenen Schriftsatze ausdrücklich, oder stillschweigend eingestandene Behauptungen in der neuen Eingabe zu läugnen, oder dort nicht vorgebrachte, folglich verlorne Einreden ꝛc. vorzubringen.

Die H. Nassauischen Obergerichte geben aus diesen Gründen nie einen Schriftsatz zum Reinigen zurück, sondern sorgen, wenn es nöthig ist, durch Deservitenstrich und Ordnungsstrafen für Einhaltung der Achtung, welche die streitenden Theile dem Gerichte und sich selbst wechselseitig schuldig sind.

Zu §. 16.

Daß das Vorbringen von Einreden, welche erst nach der Einlassung auf die Klage entstanden sind, später noch statthaft seyn muß, liegt in der Natur der Sache, und ist auch gemeinrechtlich außer Zweifel. Indessen ist es ein eben so nothwendiges Postulat, daß hier ein Damm gegen die Chikane seyn muß, womit diese Bestimmung zur Verewigung der Prozesse durch Vorspieglung nicht existirender Einreden misbraucht werden könnte. Gemeinrechtlich bietet schon der Calumnieneid ein solches Mittel dar, und ich kann es nicht gut finden, daß unsere Prozeßordnung §. 92 nebst dem allerdings überflüssigen juramentum calumniae generale auch das speciale abschafft, dessen Misbrauch man hätte beseitigen können, ohne den Gebrauch in angemessenen Fällen ganz aufzuheben.

Bei Compensationseinreden findet sich ein solches Mittel weiter in den Bestimmungen der l. 14. Cod. de Compens. (4. 31) welche nach meiner Ueberzeugung durch den vorliegenden Paragraphen so wenig, wie durch die in allgemeinen Ausdrücken sprechenden canonischen Gesetze in Bezug auf angeblich neu entstandene Compensationseinreden aufgehoben sind.

In Bezug auf Einreden angeblicher Zahlung während des Prozesses kenne ich aber, da nach erfolgtem Urtheile in Gemäßheit der Bestimmungen der Verordnung vom 13. Dezember 1825 pos. X. nur noch solche Zahlungen zu berücksichtigen sind, welche nach eingetretener Rechtskraft geleistet wurden, frühere also nothwendig im Laufe des Prozesses erörtert werden müssen, kein anderes Mittel, als Strafen wegen Frivolität. Dasselbe gilt von der Einrede eines im Laufe des Prozesses abgeschlossenen Vergleichs. Zweckmäßig wird der Richter hierüber in besondern Acten verhandeln lassen, und es muß seinem vernünftigen Ermessen überlassen bleiben, ob es angemessen sey in Bezug darauf den Lauf des bisherigen Prozesses zu sistiren, oder denselben bis zum Urtheile fortzusetzen, und da erst zu warten, bis auch das Verfahren über die Einrede des Vergleichs spruchreif ist. Letzteres dürfte wohl die Regel und Ersteres nur dann als gerechtfertigt zu betrachten seyn, wenn der behauptete Vergleich durch Vorlage von Documenten sofort wahrscheinlich gemacht wird.

Einseitige Anzeigen über eingeleitete Vergleichsverhandlungen und Gesuche in Gemäßheit derselben den Prozeß zu sistiren, werden von den Obergerichten mit Recht nicht als dazu hinreichend betrachtet, sondern nach Lage der Sache als Fristgesuche behandelt, oder wenn

die Sache geschlossen ist, dem Gegner blos zur Nachricht unter dem Anfügen mitgetheilt, daß in der Sache erkannt werden würde, wenn er nicht innerhalb einer Frist sich dem gemachten Antrage anschließen sollte.

In Bezug auf das Verfahren bei den H. Aemtern ist in pos. **VIII.** der Verordnung vom **13.** Dezember **1825** bestimmt, daß zwischen der Bekanntmachung des Actenschlusses und der Ertheilung des Erkenntnisses ein Zwischenraum von wenigstens acht Tagen seyn solle, damit der Theil, welcher noch einen erheblichen Umstand vortragen wolle, dieses nachholen könne, und zwar wenn er protocollarisch handelte, ohne weiteres, wenn er schriftlich handelte, vermittelst Restitution. Hierüber ist vor allem zu bemerken, daß diese Bestimmung nicht dahin misverstanden werden darf, daß im Laufe des Verfahrens ausdrücklich abgelegte, oder in Folge der angedrohten Rechtsnachtheile fingirte Eingeständnisse zurückgenommen werden dürfen. Eben so wenig liegt es auch in der Absicht des Gesetzes zu gestatten, daß in dem amtlichen Prozesse das erste Verfahren und das Beweisverfahren unter einander gemischt werden dürfen. Solche Einreden, deren Grund nicht erst nach der Einlassung entstanden ist, können daher unbedingt nur vor dem Beweisinterlokute mit Rechtswirkung vorgetragen werden.

Zweifelhaft ist dagegen die Frage, wie oft ein solches neues Vorbringen unbedingt zu gestatten sey? Die Verordnung macht zwar keine Limitation; indessen ist es doch klar, daß, wenn hier gar keine Gränzen wären, ein Prozeß durch stets erneuertes Vorbringen von Einreden und Beweismitteln in alle Ewigkeit hingehalten werden könnte. Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen hat

dem Geiste des Gesetzes, welches der Rechtsunerfahrenheit und dem Mangel hinlänglicher Ueberlegung im protocollarischen Verfahren zu Hilfe kommen, aber gewiß der Chikane kein unabsehbares Feld eröffnen wollte, zu entsprechen geglaubt, indem es in mehreren vorgekommenen Fällen verfügte, daß eine Parthei nur einmal im ersten Verfahren, und einmal in dem Beweisverfahren von diesem Rechte unbedingt Neues vor zu bringen Gebrauch machen dürfe, die Wiederholung eines solchen neuen Vortrags aber nur vermittelst Restitutionsgründen statt finden könne.

Diese Auslegung des Gesetzes dürfte um so angemessener erscheinen, wenn man berücksichtigt, daß der §. 110 der Prozeßordnung der Parthei, welche vor Amte zu Protocoll verhandelt hat, unbedingt die Nachholung des Versäumten in der Appellationsinstanz gestattet.

Zu §. 17.

Auch diese Bestimmung ist gleich jener des §. 3 eine zweckmäßige Ordnungsvorschrift. Uebrigens wird ein vorsichtiger Beklagter generisch gleichartige mit der Klage nicht connexe Forderungen nicht blos als Reconvention vorbringen, sondern dieselbe stets, auch wenn er den Grund der Klage verabredet, als eventuelle Compensationseinreden bezeichnen. Er verschafft sich dadurch den Vortheil gleichzeitiger Verhandlung.

Die Caution, welche von dem ausländischen Kläger auf Antrag des Beklagten zu stellen ist, ist von den Obergerichten des Herzogthums in vielen Entscheidungen als blose cautio de judicio sisti behandelt, und hiernach ihr Betrag bestimmt worden. Ich halte dieses für sehr angemessen, da die Annahme der entgegengesetzten Ansicht

entweder den Ausländer rechtlos machen würde, wenn der beklagte Inländer enorme Gegenansprüche fingirte, wofür der Ausländer keine Caution leisten könnte; oder aber, wenn man die Cautionspflicht von Bescheinigung des angeblichen Gegenanspruchs abhängig machen wollte, den Inländer, welcher eine solche Bescheinigung nicht beibringen könnte, um den ihm durch das Gesetz gegebenen Cautionsanspruch bringen würde.

Es folgt aus diesem Grundsatze, daß von einer Cautionsforderung keine Rede seyn kann, wenn über Klage und Wiederklage in demselben Prozesse verhandelt wird. Wenn es nun auch ferner seine Richtigkeit hat, daß der Beklagte, welcher die zur Zeit der Einlassung auf die Klage begründete Cautionsforderung nicht vorbringt, so betrachtet werden muß, als ob er dem Kläger traue, folglich auf Stellung einer Caution verzichte (Grolman Theorie ꝛc. ꝛc. §. 157.), so kann es doch eben so wenig einem gegründeten Zweifel unterliegen, daß sie später noch verlangt werden kann, wenn der Grund dieselbe anzufordern alsdann erst entsteht, z. B. wenn der mit Immobilien im Inlande angesessene ausländische Beklagte dieselben veräußert, nach Analogie der gesetzlichen Vorschriften in l. 8. §. 3. und l. 10. §. 2. D. qui satisdare ꝛc. ꝛc. (2. 8.). Dagegen kann der bei Martin Lehrbuch ꝛc. ꝛc. §. 299. Note * vorgesehene Fall, daß auch bei einer gleichzeitigen Verhandlung der Wiederklage mit der Vorklage durch frühere Beendigung der letztern die Befugniß Cautionsleistung pro reconventione zu verlangen eintreten könne, bei uns nicht vorkommen, da nach Vorschrift des Generalrescripts vom 20. Dezember 1825 die Verbindung eines verurtheilenden Erkenntnisses mit einer Beweisauflage

über in denselben Acten verhandelte Ansprüche nur dann statthaft ist, wenn ein Theil des Klageanspruchs im ersten Verfahren durch Eingeständniß anerkannt, und weder durch eine giltige Einrede, noch eine gleichzeitig zur Verhandlung gebrachte Wiederklage bestritten ist, also eine ganz liquide Forderung bildet. In allen andern Fällen ist eine partielle, oder eventuelle Condemnation vor dem den ganzen Prozeß in allen seinen Theilen entscheidenden Endurtheile unstatthaft.

Ganz verschieden von der von einem Ausländer zu leistenden Cautio pro reconventione ist übrigens der Fall, wo ein verurtheilter Beklagter wegen eines in einem besonderen Verfahren vorgebrachten Gegenanspruchs in der Executionsinstanz wegen bescheinigter Gefahr des Verlustes Anträge darauf zu machen befugt erscheint, daß die summa judicati bis zur Beendigung des andern Prozesses deponirt, oder bei beweglichen Sachen anderer Art ein Sequester bestellt werden möge, wenn der Gegner nicht wegen dereinstiger Zurückerstattung im Falle des Unterliegens Caution leisten sollte. Ein solches die Natur eines Arrestes an sich tragendes Gesuch ist nicht auf Ausländer beschränkt, sondern kann auch gegen einen Inländer vorkommen, wie dieses von dem H. Hof- und Appellationsgerichte zu Usingen bereits in mehrern Fällen erkannt worden ist.

Es ist übrigens nach Cap. 3. de rescriptis in Sexto (1. 3.) gewiß, daß die Anstellung einer Wiederklage vor demselben Richter durch das zeitige Verlangen einer Caution nicht bedingt ist, sondern, auch wenn eine solche nicht gefordert wurde, bis zur definitiven Entscheidung der Sache in erster Instanz noch immer geschehen kann, während sie in der Appellationsinstanz der

Regel nach (vergleiche unten zu §. 110.) unstatthaft ist. Diese Grundsätze sprach das H. Oberappellationsgericht in der Entscheidung vom 9. September 1836 in Sachen Denis gegen Herz aus. Sollte dagegen ein Obergericht ein endliches Erkenntniß erster Instanz aufheben, und die Sache mit einem Beweisinterlokute dahin zurück verweisen, so steht nichts entgegen, daß nun noch dort eine Reconvention angebracht werden kann.

Mehrere zweckmäßige Bemerkungen über Reconvention finden sich im Archive für civilistische Praxis Band 10 Abhandlung 9 und Band 12 Abhandlung 5. Die Bejahung der Frage, ob der Beklagte, welcher wegen einer persönlichen Klage bei dem hierzu competenten Richter belangt worden ist, dort als Reconvention eine Realklage vorbringen könne und umgekehrt, scheint mir nach dem Texte des oben angeführten canonischen Gesetzes, welches nur von persönlichen Klagen spricht, nicht ohne Bedenken; jedenfalls kann, da unsere Prozeßordnung alle Realklagen ausschließlich an den Gerichtsstand der gelegenen Sache verweißt, eine Reconvention wegen Realansprüchen in foro personali des Beklagten bei uns gewiß nicht vorgebracht werden.

Nach einem Rescripte des H. Staatsministeriums vom 31. März 1825 findet eine Cautionsforderung für Reconvention nicht statt, wenn der klagende Ausländer zum Armenrechte zugelassen worden ist.

In Bezug auf die controverse Frage, ob Forderungen, worüber erst Rechnung abgelegt werden soll, als Einreden der Compensation gebraucht, oder nur als Wiederklage geltend gemacht werden können, haben die Obergerichte aus den von Martin in den Gutachten des Heidelberger Spruchcollegiums Bd. 1 Abhandlung 5. angeführ-

ten Gründen in mehrern Fällen sich dahin ausgesprochen, daß eine Compensationseinrede darauf nicht gegründet werden könne. Als Beispiel bezeichne ich das Erkenntniß des H. Hof- und Appellationsgerichts zu Usingen vom 11. April 1835 in Sachen Geyer gegen Geyer, welches von dem H. Oberappellationsgerichte am 23. September 1835 bestätigt worden ist.

Die Cautio rati findet nach §. 1. der Prozeßordnung und pos. 1. des Rescripts vom 26. November 1822 bei uns nicht mehr statt. Dasselbe muß wohl nach §. 19. der Prozeßordnung von der cautio pro lite prosequenda gelten. Mir ist wenigstens noch kein Fall vorgekommen, wo sie geleistet worden wäre.

Zu §. 18.

Zwar spricht dieser Paragraph nur mit Bezug auf §. 15. von dem Rechtsnachtheile des Eingeständnisses der Thatsachen, worauf Einreden und Widerklagen gestützt sind; indessen kann es nach §. 20. und dem Geiste des Gesetzes keinem Zweifel unterliegen, daß mit der Replikhandlung nicht vorgebrachte Repliken ganz nach den in §. 16. über die Einreden aufgestellten Principien zu beurtheilen sind. Die römischen Gesetze bezeichnen ganz treffend die replicatio als contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio,

l. 22. §. 1. D. de except. (44. 1.)

was also von Einreden gilt, muß auch von eigentlichen Repliken und Dupliken gelten, wie dieses bereits von Grolman (Theorie ꝛc. ꝛc. §. 179. Note a.) bemerkt ist.

Die Gerichte des Herzogthums theilen daher jede Exceptionalhandlung unter den Rechtsnachtheilen des Eingeständnisses und des Verlustes der Repliken, so wie der Einreden gegen Wiederklagen mit, deren Verhandlung in demselben Prozesse zulässig erscheint.

Zu §. 19.

Der von den Rechtslehrern verschiedenartig aufgestellte Begriff der Klagenänderung wird meiner Ansicht nach am bestimmtesten von Linde Lehrbuch rc. rc. §. 197. dahin festgesetzt, daß sie in dem Vorbringen neuer Merkmale an die Stelle schon beigebrachter, die angestellte Klage wesentlich bedingender besteht, wohin immer der historische Klagegrund und das Gesuch gehören. Der Richter, welcher es sich klar gemacht hat, qualis actio instituta, wird in den meisten Fällen nicht zweifelhaft seyn, ob eine Veränderung, oder eine blose Verbesserung der Klage vorliegt.

Das Recht zu solchen Verbesserungen der Klage kann besonders da wichtig werden, wo durch Einreden des Beklagten die Klage rückwärts dunkel geworden ist. So ist z. B. zu Einklagung eines Darlehns die Angabe des Tags, wo dasselbe dargeschossen wurde, in der Klage nicht erforderlich; setzt aber der Beklagte die Einrede der erlöschenden Verjährung entgegen, so muß der Kläger denselben in der Replik angeben, wenn die Klage nicht als dunkel verworfen werden soll. Solcher Fälle sind viele denkbar. Durch Erkenntniß vom 2. September 1836 verwarf z. B. das H. Oberappellationsgericht eine Klage der gräflich von Bassenheimischen Vormünder gegen Leonhard Hahn und Consorten als dunkel, weil die Klage auf eine solidarische Verbindlichkeit

mit mehrern andern nicht angegebenen Vertragsgenossen gestützt, und auf die giltig vorgebrachte Einrede der Theilung in der Replik nicht angegeben worden war, welchen Antheil die Beklagten für ihre Personen schuldeten. Die Klage war gut, wurde durch die Einrede dunkel, und mußte, da in der Replikhandlung weder die Einrede widerlegt, noch die Dunkelheit aufgeklärt wurde, abgewiesen werden.

Eine zweifelhafte Frage ist die, welche Befugnisse dem Beklagten zustehn, wenn der Kläger ohne auf das in Frage befangene Recht zu verzichten blos die angestellte Klage fallen läßt. Daß der Beklagte gemeinrechtlich Entscheidung des Prozesses verlangen könne, wird in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Band 5. Nro. 25. insbesondere mit Hinweisung auf den §. 44 des jüngsten Reichsabschieds, zu beweisen gesucht. Der vorliegende Paragraph des Prozeßgesetzes drückt sich nicht klar aus, was er unter der dem Beklagten eingeräumten Befugniß Entbindung von der Klage zu verlangen versteht. Entscheidungen der Obergerichte über diesen Gegenstand sind mir nicht bekannt.

Ausserordentlich ist die Bestimmung, daß der Beklagte von der unterlassenen Vergütung der bei Gelegenheit einer solchen aufgegebenen Klage gehabten Prozeßkosten auch gegen jede andere von diesem Kläger intendirte Klage als einer dilatorischen Einrede Gebrauch machen kann.

Uebrigens schließt auch unser Gesetz es nicht aus, daß über eine solche veränderte Klage ferner verhandelt und entschieden werden kann. Der Richter darf aber nicht übersehen, daß es hierzu nicht genügt, daß der Beklagte schweigt, sondern daß es nothwendig ist, daß

er seine (Linde l. c. Note 9) dazu erforderliche Zustimmung wenigstens dadurch factisch ertheilt, daß er sich auf die nun veränderte Klage vollständig einläßt. Denn unmöglich kann der Beklagte in Folge unterlassener Beantwortung als factischer Behauptungen geständig betrachtet werden, worüber sich zu erklären er nicht verpflichtet war.

Zu §. 20.

Ich beziehe mich hier auf das zum 18. Paragraphen Gesagte. Das Einfordern überflüßiger Schriftsätze, wie die Duplik in dem Falle ist, wenn wirkliche Repliken nicht vorgebracht sind, ist ein die Verhandlungen zwecklos verzögernder Fehler, welchen ein guter die übergebenen Schriftsätze vor der Decretur sorgfältig prüfender Instruent stets zu vermeiden bedacht seyn wird.

Zu §. 21.

Die Vorschriften dieses Paragraphen sind gemeinrechtlich und in dem jüngsten Reichsabschiede §. 35 enthalten. Dort finden sie aber ihre Basis in dem allgemein gestatteten Verfahren auf anticipirten Beweis, welches unsere Prozeßordnung nur in den Fällen der §§. 65, 90 und 93 kennt, und nach der feststehenden Praxis der Gerichte des Herzogthums in allen andern Fällen durchaus unstatthaft ist. Die allein stehende Vorschrift dieses Paragraphen ist daher sehr wenig practisch und die Anwälte pflegen nur selten davon Gebrauch zu machen, da das Anerkenntniß einer noch so relevanten Urkunde wegen des in der Regel möglichen Gegenbeweises ein Beweisinterlokut nur sehr selten überflüssig machen wird. Nur sehr wenige Fälle sind mir vorge-

kommen, wo die Gerichte auf ein solches anerkanntes Document ohne vorherige Beweisauflage endlich entschieden haben. Ich bezeichne als Beispiel das von dem H. Oberappellationsgerichte bestätigte Erkenntniß des H. Hof- und Appellationsgerichts zu Usingen in der Sache Bogner gegen Weilburg, wo die über alle factischen Fragen ganz einverstandenen Partheien blos darüber stritten, wer in Folge einer, in einem als ächt anerkannten alten Testamente niedergelegten fideicommissarischen Bestimmung nunmehr zum Besitze eines bestimmten Vermögens berufen sey. — Wäre es ein Testament aus neuerer Zeit gewesen, wo die Absicht des Testirers auf andere Weise, namentlich durch Abhör von Testamentszeugen zu erforschen gewesen wäre, so würde wohl ein anderes Verfahren eingeleitet worden seyn. Regel ist es daher, daß ein Beweisinterlokut erlassen wird, wenn relevante Thatsachen unter den Partheien streitig sind, mögen Urkunden darüber producirt und anerkannt worden seyn, oder nicht.

Zu §. 22 und 23.

Es unterliegt wohl besonders nach neuern Untersuchungen (Archiv für civilistische Praxis Bd. 10. Abhandlung 16.) keinem Zweifel, daß die Litisdenunciation gemeinrechtlich nur in eigentlichen Evictionsfällen geboten ist. Die römischen Gesetze reden nur von solchen Fällen, und eine Ausdehnung aus der ratio legis ist mislich. Es kommt indessen bei uns auf diese Controverse nicht an, da unser Gesetz diese Verbindlichkeit bestimmt auf alle Fälle ausdehnt, wo Jemand in Folge des Unterliegens in einem Prozesse von einem Dritten Entschädigung in Anspruch nehmen zu können glaubt. Dasselbe entscheidet

zugleich die gemeinrechtlich ebenfalls controverse Frage über die Folgen der unterlassenen Litisdenunciation dahin, daß die regressorischen Ansprüche unbedingt verloren sind. Zweckmäßig ist es, daß das Gesetz eine gerichtliche Streitverkündigung und zwar durch den Richter, welcher in dem dieselbe veranlassenden Prozesse zu entscheiden hat, fordert; dasselbe beugt dadurch den Streitigkeiten vor, welche darüber stattfinden können, ob eine solche aussergerichtlich statt gefunden habe, oder nicht, und beseitigt Restitutionsgesuche. Bei uns war diese Vorschrift um so nöthiger, da unser in so mancher Hinsicht sehr zweckmäßiges Institut der Landoberschultheisereien doch das Notariatsinstitut da vermissen läßt, wo es sich um aussergerichtliche Eröffnungen und Ausstellung einer Urkunde darüber handelt.

Der strenge Ausspruch im Eingange des §. 22, daß der Kläger vor Uebergabe der Klage, der Beklagte vor Ablauf der ersten Frist den Streit verkündigen müsse, wird durch den Zusatz am Schlusse „wenn nicht der Grund der Streitverkündigung später entstanden sey" modificirt. Denn nicht selten kommt es vor, daß der Kläger erst durch Einreden des Beklagten, oder der Beklagte durch Repliken des Klägers auf die Nothwendigkeit der Streitverkündigung aufmerksam gemacht wird. So ist denn auch unsere Jurisprudenz bei dem gemeinrechtlichen Grundsatze geblieben, daß die Streitverkündigung so zeitig erfolgen müsse, daß der freie Angriff, oder die Vertheidigung des Litisdenunciaten nicht durch frühere Prozeßhandlungen auf irgend eine Weise beschränkt sey. Hiervon ausgehend hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen schon mehrmals noch in der Appellationsinstanz der Litisdenunciation in solchen Fällen statt gegeben, wo der

Litisdenunciant bei Amte mündlich verhandelt hatte, und die Streitverkündigung sich auf Einreden, Repliken ꝛc. bezog, hinsichtlich welcher ihm nach §. 110 der Prozeßordnung neues Vorbringen in der Appellations-Instanz unbedingt gestattet war.

Mit Recht bemerkt Linde in seinem Lehrbuche §. 112 Note 6, daß der nähere Auctor wieder seinem Auctor den Streit verkündigen müsse. Denn es ist offenbar sehr möglich, daß die nöthigen Mittel einen Anspruch zu begründen, oder zu bekämpfen sich nur in den Händen des Auctors des Denunciaten befinden; zugleich muß es dem Denunciaten gestattet seyn, sich den Regreß gegen seinen Auctor zu sichern. Daraus folgt, daß der ursprüngliche Prozeß suspendirt werden muß, bis derjenige zum Streite aufgefordert ist, in dessen Händen sich möglicher Weise die besten Mittel zum Angriffe, oder zur Vertheidigung befinden können, und welcher zuletzt für den Regreß haften soll. Aus diesen Gründen erkannte das H. Oberappellationsgericht am 23. April 1828 in Sachen der Gemeinde Niederhofheim gegen die Gemeinde Münster, wo dem Johann Hinkel als Verkäufer der Streit verkündigt worden war, die von diesem weiter seinem Verkäufer der in Frage befangenen Realberechtigung Freiherrn von Sturmfeder gemachte Streitverkündigung für statthaft und suspendirte nach §. 23 der Prozeßordnung den Gang des Prozesses zwischen den streitenden Gemeinden bis zum Ablaufe der dem Freiherrn von Sturmfeder anberaumten Frist.

Uebrigens muß der Litisdenunciant den Wohnort des Denunciaten nicht nur genau bezeichnen, sondern dieser muß auch von der Art seyn, daß die Insinuation eines Decrets dahin nicht allzuschwierig oder gar unmöglich wäre. Kann

der Denunciant den Wohnort des Denunciaten zwar nicht genau, aber doch wenigstens so weit bezeichnen, daß demselben voraussichtlich eine öffentliche Ladung in deutschen Blättern in nicht zu langer Zeit zu Gesicht kommen wird, so wird der Richter hierzu schreiten. Sollte aber die Angabe zu unbestimmt, oder der angegebene Aufenthaltsort des Litisdenunciaten von der Art seyn, daß ein Decret in mäßiger Frist auch im diplomatischen Wege dort nicht insinuirt werden kann, so muß er sie ganz verwerfen, da eines Theils die Litisdenunciation kein Mittel seyn darf Prozesse zu verewigen, andern Theils aber der wegen unterbliebener Litisdenunciation angedrohte Verlust des Entschädigungsanspruchs gewiß in den Fällen nicht eintreten kann, wo dieselbe wegen Abwesenheit des zum Schadenersatze Verpflichteten nicht bewerkstelligt werden konnte. So verwarf das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen in Sachen Sabel gegen Zais eine Litisdenunciation an N. Willet, welcher nach Angabe des Litisdenuncianten für ein nicht bezeichnetes englisches Handlungshaus in Schottland auf Reisen seyn sollte.

Zu §. 24 und 25.

Ein Verfahren über Statthaftigkeit der Litisdenunciation kann der Natur der Sache nach keine reellen Vortheile gewähren, es würde also nur die Fortsetzung des Hauptprozesses ohne Grund verzögern. Mit Recht entscheidet daher unsere Prozeßordnung die hierüber gemeinrechtlich bestehende Controverse dahin, daß ein solches nicht statt findet.

Wie übrigens auch die Vereinigung zwischen dem Denuncianten und Denunciaten ausfallen mag, so bleibt doch der Erstere dem Gegner gegenüber stets allein streitender Theil, da man diesem ohne seine Zustimmung

den Gegner nicht wechseln kann. Wenn daher in Folge einer von Denuncianten und Denunciaten vor Gericht abgelegten Erklärung der Litisdenunciat die Führung des Prozesses allein übernommen haben sollte, so kann darum die Rubrik des Prozesses nicht geändert werden, und das Urtheil muß stets für oder wider den Denuncianten erfolgen, als dessen Mandatar in diesem Falle der Denunciat erscheint. Die Gerichte des Herzogthums haben diesen Grundsatz stets festgehalten. Ich bezeichne als Beispiele die Prozesse Reinach gegen Borkholder, und H. Jung gegen die Gemeinden Wahlrod, Höchstenbach rc. wo im erstern die Frau von Fechenbach die Stelle des ursprünglich Beklagten, im letztern die H. General-Domänen-Direction die Stelle des ursprünglichen Klägers übernommen hatte.

Ein Ausfluß dieses Grundsatzes ist es, daß der Litisdenunciat, wenn er in dem Prozesse auftritt, solche Ansprüche, welche ihm persönlich gegen den Kläger zustehen, nicht als Einrede der Compensation, oder als Reconvention vorbringen kann. So entschied das H. Hof- und Appellationsgericht zu Wiesbaden am 3. August 1827 zwischen Priester und der Gräfin Marpalü.

Von selbst versteht es sich, daß wenn der Kläger vor Anfang des Prozesses den Streit verkündigt, durch Cession des ganzen Anspruchs das Verhältniß geändert werden kann.

Unsere Prozeßordnung schweigt ganz von der gemeinrechtlich so viel besprochenen Lehre der Intervention, und zwar mit Recht, da sie, so weit sie gemeinrechtlich überhaupt begründet ist, durch die Vorschrift in §. 101 der Prozeßordnung, welcher nach der in pos. IX. der Verordnung vom 13. Dezember 1825 erhaltenen Erläuterung den Sinn hat,

daß nicht appelliren dürfe, wer nicht streitender Theil war, woraus dann nothwendig folgt, daß ihm auch ein solches Erkenntniß, wo er weder als Kläger aufgetreten, noch als Beklagter zur Rechtsvertheidigung aufgefordert worden war, nicht präjudiciren kann, ganz abgeschafft erscheint.

Das römische Recht bezeichnet bekanntlich mehrere Fälle, wo eine unter andern Personen ergangene Sentenz auch Dritten präjudicirt, welche nicht im Prozesse befangen waren.

l. 4. §. 3. l. 5. D. de Appell. (49. 1.)
l. 63. D. de re judicata (42. 1.)

Hieraus folgt, daß es solchen Personen gestattet seyn muß auch unaufgefordert sich in den unter Andern bestehenden Prozeß einzumischen, und nach Befund gegen darin ergehende Erkenntnisse, welche auch über ihre Rechte und Verbindlichkeiten entscheiden, selbstständig zu appelliren. Diese accessorische Intervention erscheint daher als ein nothwendiger Bestandtheil des römischen Prozesses, und ist mit ihm in unsern gemeinen Civilprozeß übergegangen. Ein solches Einmischen in einen unter andern Personen bestehenden Prozeß um einem der streitenden Theile beizustehen, mag nun wohl in die römischen Prozeßformen gepaßt haben; in unser schriftliches Verfahren paßt es aber offenbar nicht, wie ich aus vielen Prozeßacten aus älterer Zeit mich oft überzeugt habe. Ich betrachte daher diese Aenderung als eine vorzügliche Verbesserung des gemeinen Civilprozesses.

Was die sogenannte gemischte Intervention betrifft, so nennt sie einer unserer ausgezeichnetsten Juristen, Thibaut in seinem Systeme rc. ältere Aus-

gabe §. 1278. Note k. sehr richtig eine ganz im dunkeln liegende Materie. Denn gewiß ist es, daß es den scharfsinnigsten Vertheidigern derselben z. B. Martin im Magazine Bd. 1. Heft 2. Nachtrag zur 4. Abhandlung, und Mittermaier im Archive von Gensler ꝛc. ꝛc. Bd. 2. Abhdlg. 24 nicht gelungen ist, mit diesem Namen einen klaren Begriff zu verbinden. Man muß stets an Morstadts (Materialkritik ꝛc. ꝛc. zu §. 292.) Kalt- Warm- Schlag denken. Mit Recht erklärt nebst andern Juristen Linde in seinem Lehrbuche ꝛc. §. 111., daß sie nicht existirt.

Mit demselben Rechte hat aber meiner Ueberzeugung nach dieser scharfsinnige Rechtslehrer sich gegen die Statthaftigkeit der Principalintervention erklärt.

An und für sich schon ist es eine allen Grundsätzen über Rechtsverfolgung widersprechende Behauptung, daß es einem Dritten gestattet seyn solle, den Fortgang eines zwischen zwei andern Personen bestehenden Prozesses durch die Erklärung zu hemmen, daß er ein besseres Recht an dem Gegenstande des Prozesses habe. Denkt man sich nun noch hinzu, daß ein solcher angeblich berechtigter Dritter mit dem Beklagten colludiren könnte, so wird man sich überzeugen, welches Feld eröffnet ist, um die Prozesse zu verewigen. Die reichskammergerichtlichen Prozesse liefern ausserordentliche Belege, wie durch fremdartige Einmischungen Prozesse verewigt wurden, und zuletzt liegen blieben. Ich verweise als Beispiel auf den celebern Prozeß Reifenberg gegen Bassenheim, wovon sich in von der Nahmers Sammlung ꝛc. ꝛc. Th. 2. Nro. 29 ein Auszug aus den Entscheidungsgründen findet, welche ich als Referent bearbeitet habe.

Aber nicht nur der gesunden Vernunft, sondern auch den positiven Gesetzen widerspricht die Lehre von der Principalintervention. In einer ganzen Reihe von Gesetzen ist der Grundsatz ausgesprochen, daß wenn zwei, oder mehrere Personen jede für sich die nämliche Sache von einem Besitzer in Anspruch nehmen, der Prozeß des einen jenen des andern nie aufhalten darf. Sie verordnen ferner, daß der Beklagte die Sache stets demjenigen, welcher zuerst ein obsiegliches Urtheil erhält, ausliefern müsse, und zwar bei der rei vindicatio der hereditatis petitio und dem Depositum einer untheilbaren Sache (wo übrigens die Gesetze dem Depositar auch gerichtliche Deposition während des Streits angeblicher Erben über des verstorbenen Deponenten Erbschaft gestatten.) nach Stellung einer Cautio defensum iri

l. 57. D. de rei vind. (6. 1.)

l. 57. D. de hered. petit. (5. 3.)

l. 1. §. 36. 37. D. Depositi (16. 3.)

bei andern Klagen aber, namentlich dem peculium

l. 10. D. de peculio (14. 1.)

den Noxalklagen

l. 14. D. de noxali actione (9. 4.)

der Stipulation

l. 9. D. de Verb. Obl. (45. 1.)

und überhaupt, wenn zwei Personen ex eadem causa eine Sache fordern

l. 19. pr. D. de re judicata (42. 1.)

ohne eine solche, da occupantis conditio melior sey.

In allen mir bekannt gewordenen Fällen seit der neuen Prozeßordnung haben die Obergerichte des Herzogthums keiner Intervention, von welcher Art sie auch

war, statt gegeben; und ich kann versichern, daß der Grundsatz sich in der Rechtsprechung bewährt hat.

Uebrigens dürfte die Aufstellung eines Princips über analoge Anwendung der Vorschriften der drei erstern Gesetzesstellen über die cautio defensum iri auf in den Gesetzen nicht bezeichnete Fälle, wie Linde in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 1. N. 5. S. 172 versucht, namentlich eine Ausdehnung auf persönliche Klagen nach den Aussprüchen der vier letztern Stellen bedenklich seyn. Denn während es hiernach der Fall seyn kann, daß derjenige Kläger, dessen Prozeß zu der Zeit nicht entschieden ist, wo der Beklagte in Folge einer richterlichen Verurtheilung die geforderte Sache einem andern Kläger herausgeben muß, nichts erhält, wenn er später auch obsiegt, kann es meines Erachtens von der andern Seite vorkommen, daß bei persönlichen Klagen auf Prästation von Geld oder anderer fungibeler Sachen der Beklagte zweimal zahlen muß, wenn er, sey es nun in Folge schlechter Prozeßführung, oder auch injuria judicis einem nicht berechtigten Kläger gegenüber verurtheilt worden ist, und nun später der wirklich Berechtigte ebenfalls ein obsiegliches Urtheil erhält. Ich wenigstens glaube nicht, daß wegen Existenz angeblicher anderer Prätendenten eine cautio defensum iri vor der Zahlung verlangt werden kann, wenn z. B. ein angeblicher Erbe einen Erbschaftsschuldner, ein angeblicher Cessionar den debitor cessus, der angebliche Creditor, welchem ein nomen verpfändet ist, den Schuldner, dessen nomen ihm verpfändet ist, belangt und ein obsiegliches Urtheil erhalten hat; denn es ist Sache des Beklagten die legitimatio activa ad causam zu prüfen und wenn sie nicht ganz klar ist, deren Beweis zu verlangen; wäh-

rend der Kläger sich darum nicht zu bekümmern braucht, wie des Beklagten Obligationsverhältnisse sich gegen Dritte gestalten. Wollte man dieses in solchen und ähnlichen Fällen gestatten, so würden gar häufig böse Schuldner die Gläubiger mit ewigen Cautionen unter allerhand Vorwänden plagen können.

Was insbesondere das Verhältniß des Erben zu den Legataren betrifft, so glaube ich nicht, daß die eine gütliche Uebereinkunft bezeichnende Bestimmung in l. 8 §. 2. D. de Legatis II (31) bei einem legatum generis auf den Fall angewendet werden kann, wo beide Legatare geklagt haben, und einer ein obsiegliches Urtheil erhalten hat.

Uebrigens kann es allerdings nicht selten der Fall seyn, daß die Verhandlungen des zweiten Prozesses Restitutionsgründe gegen die in dem ersten ergangene Sentenz enthalten. Es bleibt dem Beklagten überlassen hiervon geeigneten Gebrauch zu machen.

Ueber die rechtlichen Folgen der geleisteten cautio defensum iri, und das bei deren Geltendmachung einzuhaltende Verfahren sind Heise's und Cropp's juristische Abhandlungen Band 1 Abhdlg. 14 zu vergleichen, wobei jedoch die Bestimmungen in den §. §. 23. und 101 unsers Prozeßgesetzes zu berücksichtigen sind.

Die den Gesetzen ganz unbekannte Lehre von der Adcitation verdankt nur dem Streben der deutschen Reichsgerichte das sogenannte materielle Recht überall siegreich zu machen, worüber es denn leider oft dahin kam, daß in der ungeheuren Actenmasse der verewigten Prozesse das formelle nicht mehr zu finden, und nur der Besitzer glücklich zu preisen war, ihre Entstehung. Ueber ihre Unstatthaftigkeit waltet wohl heut zu Tage kein

Zweifel mehr ob; denn der von Linde in seinem Lehrbuche §. 113 bezeichnete Ausnahmsfall „daß der Richter auf Anrufen einer Parthei einen Dritten dann vorladen dürfe, wenn dieser mit einem der streitenden Theile in einem solchen Verhältnisse steht, daß die von dem Letztern vorzunehmende Handlung nur von diesem Dritten geschehen könne“ kann mit dem Namen einer eigentlichen Adcitation nicht belegt werden. Die Nothwendigkeit, einer solchen Beiladung, welche nicht nur bei Klagen aus Cessionen, sondern auch in vielen andern Fällen zur Ablage des Haupteides eintreten kann, liegt klar vor.

Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen erkannte demgemäß in Sachen Löwenstein gegen Brück durch Urtheil vom 13. Mai 1835 auf den von den Töchtern des Erstern, welchen allein der durch Zeugen sehr wahrscheinlich gemachte Inhalt einer dem Letztern übergebenen und nicht abgelieferten Kiste genau bekannt war, abzulegenden Erfüllungseid; und das H. Oberappellationsgericht hat dieses Erkenntniß bestätigt.

Legt in einem solchen Falle der geladene Dritte den Eid nicht ab, so treten für die Parthei, an deren Stelle, sey es auf ihren, oder auf ihres Gegners (z. B. bei einem in einem Rechtsstreite mit dem Cessionar dem Cedenten wegen Tilgung der Schuld deferirten Haupteide) Antrag er den Eid ausschwören sollte, die Folgen der Eidesverweigerung ein.

Was endlich die Denomination des Auctors betrifft, so scheint es mir, daß diese sowohl der Natur der Sache als den Gesetzen nach einfache Lehre nur durch die wissenschaftliche Bearbeitung verwickelt worden ist. Zwar halte ich es in Folge der neuern Erörterungen über diesen Gegenstand von

Mittermaier im Archive für civilistische Praxis Bd. 3 Abhandlung 24
Gensler daselbst Abhandlung 25 und
Linde Abhandlungen Bd. 1 Abhandlung 4
wohl für gewiß, daß die schon von
Lauterbach Dissert. Vol. III. Disput. 106 §. 11
bekämpfte, von Gönner in seinem Handbuche demnächst wieder vertheidigte Lehre, daß auch bei persönlichen Klagen Nomination des Auctors eintreten könne, irrig, und eine Verwechselung mit der eine litis contestatio negativa enthaltenden Behauptung der fehlenden legitimatio passiva ad causam ist, welche ihrer Natur nach keine andere Wirkung haben kann, als daß sie den Kläger zum Beweise der seiner Klage zum Grunde liegenden Behauptungen verpflichtet. — Ich wenigstens kann demjenigen, was in neuester Zeit in den Erörterungen von Langenn und Kori Band 1 N. 10 zur Rettung der Ansichten Gönners vorgetragen wird, weder theoretisch beistimmen, noch habe ich je in der Praxis Gründe gefunden, welche die rechtliche Möglichkeit der Denomination des Auctors bei persönlichen Klagen zum Bedürfniß machten. Was insbesondere den Fall betrifft, wo jemand seinen Dienstboten, oder Taglöhner ausgesendet hat, um eines Andern Rechte zu kränken, so ist es zwar ausser Zweifel, daß der Verletzte den Absender des Dienstboten wegen der Handlung des Letztern belangen kann; aber daraus folgt nicht, daß derselbe nicht auch den Dienstboten belangen könne, und ich glaube nicht daß dieser sich der Verurtheilung für seine Person mit der Einrede entziehen kann, daß sein Herr ihn also zu thun geheißen habe, wenn anders die Handlung von der Art war, daß er daraus, wie z. B. bei dem damnum injuria datum

für seine Person verantwortlich ist. Was etwa aus der Hierarchie der Behörden bei untergeordneten Staatsdienern gefolgert werden kann, welche den Befehl der vorgesetzten Behörde vollzogen haben, muß freilich die Verfassung des besondern Staats entscheiden.

Indessen gestatten auch die vier oben angeführten Rechtslehrer nach dem Vorgange vieler andern ein Verfahren zwischen dem Vindicationskläger und dem den Auctor nominirenden Beklagten darüber, ob es auch wahr sey, daß Letzterer in fremdem Namen besitze. Müßte ich hierbei unter einer der beiden Ansichten wählen, so würde ich es vorziehen mich zu jener von Linde und Lauterbach zu bekennen, welche des Nominanten Angaben als Einrede betrachten, und ihm darüber Beweis auferlegen. Meiner Ueberzeugung nach ist aber dieses ganze Verfahren den Gesetzen fremd, und zugleich eben so zwecklos, wie eine Procedur über die Statthaftigkeit der Litisdenunciation, wenn man nicht, was dann freilich nebst Lauterbach mehrere andere Rechtslehrer z. B. Glück Pandekten-Commentar Th. 8 Seite 201 vorschlagen, den der Lüge überführten Beklagten ohne weiteres aus dem Besitze setzen will. Was aber geschehen soll, wenn er der Lüge nicht überführt wird, sondern nur des Irrthums, oder wenn er blos einen ihm auferlegten Beweis nicht führt, darüber bleibt man die Antwort schuldig. — Ich glaube aber nicht, daß eine solche Besitzentsetzung selbst im Falle der erwiesenen Lüge statt finden könnte, da ich die l. 80. D. de rei vind. (6. 1.) nur von dem Falle verstehen kann, wo der Beklagte die Detention der in Frage befangenen Sache überhaupt geläugnet hat, nicht aber von dem, wo er blos den Civilbesitz verabredend zur Denomination des Auctors,

einem dem Pandectenrechte ganz fremden Institute geschritten ist. Auf einen Vortrag dieser letztern Art würde der römische Richter vor Constantin den Grundsätzen der l. 9. D. de rei vind. (6. 1.) gemäß sicher gar keine Rücksicht genommen haben. Von einem offenbar ganz verschiedenen Falle redend, also hier gar nicht einschlagend ist die Novelle 18. cap. 3., welche verordnet, daß ein Beklagter damit nicht mehr gehört werden soll, wenn er später behauptet und Rechte daraus für sich ableiten will, daß derjenige Eigenthümer sey, dessen Eigenthum er früher gegen den Kläger in Abrede stellte.

Ich wiederhole übrigens meine Ueberzeugung, daß die Gesetze ein Verfahren zwischen dem Vindicanten und Nominanten über die Nomination überhaupt nicht kennen und nicht zulassen. Meine Ansicht ist folgende: Daß man durch bloßes Verabreden des Civilbesitzes an der detinirten Sache sich der Vindicationsklage nicht entziehen kann, liegt in der Natur des dinglichen Rechts und der dinglichen Klage, welche das Objekt verfolgend, stets gegen den Detentor geht.

l. 9. D. de rei vind. (6. 1.)

Da es indessen dem mit einer solchen Klage belangten Inhaber öfters unangenehm seyn könnte, wegen der detinirten fremden Sache einen Prozeß zu bestehn, so ertheilt ihm das Gesetz

l. 2. Cod. ubi in rem actio ꝛc. ꝛc. (3. 19.)

die Befugniß durch Benennung des wahren Civilbesitzers aus der Sache auszuscheiden. Derselbe hat also die Wahl, ob er den Prozeß selbst für sich führen, oder ob er durch Benennung desjenigen, in dessen Namen er besitzt, denselben ablehnen will. Eines

von beiden muß er; aber auch nur eines von beiden kann er; und hierin liegt meiner Ansicht nach der Irrthum der meisten Juristen, indem sie ihm beides gestatten. Sagt er, ich besitze nicht in eigenem Namen, benenne den X als meinen Auctor, und bitte diesen zu Führung des Prozesses zu laden, so verfügt der Richter hiernach — was der Nominant sonst noch vorträgt, kann nicht weiter Gegenstand der Erörterung seyn. Denn er will ja den Prozeß nicht führen, und bittet ihn davon zu entbinden. Erscheint nun auf erfolgte Ladung der Nominant, so nimmt das Verfahren zwischen ihm und dem Kläger seinen Gang, und wird der Nominat hierin verurtheilt die Sache herauszugeben, so ist dieses Erkenntniß auch gegen den Nominanten vollstreckbar, da derselbe sein Besitzrecht blos von jenem des Nominaten abhängig gemacht hat, und nur unter dieser Bedingung von Führung des Prozesses in eignem Namen entbunden werden konnte. Die nämliche Verbindlichkeit dem Kläger den Besitz der Sache einzuräumen tritt für den Nominanten nach dem Gesetze ein, wenn der Nominat gar nicht erscheint. Will aber der Beklagte nicht zur Benennung des Auctors schreiten, sondern den Prozeß selbst führen, so bleibt es ihm überlassen, das Recht des Klägers zu verabreden, und alle Rechte geltend zu machen, welche er gegen den Kläger aus seiner Person zu haben glaubt. Dieser Prozeß mag nun ausgehen, wie er will, so bleiben dadurch die Rechte des Dritten, für welchen der Beklagte den Besitz an der Sache ausgeübt haben mag, ungekränkt, so wie dieses das Gesetz auch für den Fall verordnet, wo derselbe auf die in Gemäßheit einer Nomination erfolgte Ladung nicht erschienen ist. Nur muß er, wenn

der Kläger den Besitz der Sache in Folge eines obsieglichen Urtheils gegen den Detentor erlangt haben sollte, demnächst die Partheirolle des Klägers übernehmen.

Zu §. 26.

Da die H. Nass. Gerichte, wie die Partheien sich durch eine ihnen stets frei stehende Einsicht überzeugen können, vollständige Acten führen, so würde ein Inrotulationstermin eine überflüssige Handlung seyn.

Die Form der Urtheile ist bei den H. Aemtern folgende:

Urtheil

In Sachen

des N. gegen N.

betreffend ꝛc. ꝛc.

wird nach geschlossenen Verhandlungen und in Erwägung daß ꝛc. ꝛc. (oder, mit Beziehung auf die anliegenden Entscheidungsgründe) von dem H. Amte zu N. zu Recht erkannt, daß ꝛc. ꝛc.

Bei den H. Hof- und Appellationsgerichten ist diese formelle Einrichtung ihrer Organisation als Collegium gemäß nur darin abweichend, daß es heißt: erkennen wir zum H. Hof- und Appellationsgerichte verordnete Director ꝛc. ꝛc. zu Recht ꝛc. ꝛc. Das H. Oberappellationsgericht erläßt dagegen seine Urtheile Namens des Regenten.

Ob die Entscheidungsgründe in das Urtheil aufzunehmen, oder demselben in einem besonderen Aufsatze beizufügen seyen, muß in jedem einzelnen Falle nach Grundsätzen der Zweckmäßigkeit beurtheilt werden.

Die Urtheile werden übrigens bei allen Gerichten nicht mehr publicirt, sondern nebst Entscheidungsgründen insinuirt, eine Einrichtung, welche auch bei den höhern Gerichten offenbar zur Beförderung der Sache

gereicht, da die Partheien nun sofort den Inhalt des Erkenntnisses erwägen können, während sie dasselbe bei bloßer Publication häufig nicht gehörig verstanden, also eine Abschrift verlangen mußten, welche nicht immer sogleich gefertigt werden konnte. Bei den H. Aemtern aber war diese Einrichtung eine nothwendige Verbesserung, da eine auswärtige Parthei, wenn sie nicht die überflüssige Reise zum Publicationstermine machen wollte, appelliren mußte, ehe sie noch das Urtheil kannte, weil sie die verlangte Abschrift mitunter erst nach Ablauf des Decendiums erhalten konnte.

Die H. Aemter sind von den H. Hof- und Appellationsgerichten angewiesen worden unter den Erkenntnissen in appellabeln Sachen die Bemerkung niederzuschreiben, daß derjenige Theil, welcher sich dadurch beschwert glaube, dieses binnen zehn Tagen von dem Tage nach Insinuation des Urtheils an gerechnet anzuzeigen habe.

Nach einem Rescripte des H. Staats-Ministeriums vom 7. Mai 1825 hat das höhere Gericht stets dem unmittelbar untergebenen nicht blos, wie früher geschah, das Erkenntniß, sondern auch seine Entscheidungsgründe dazu abschriftlich mitzutheilen. In Fällen, wo dieses zweckmäßig scheint, erhalten die H. Aemter auch die Entscheidungsgründe des H. Oberappellationsgerichts von diesem unmittelbar zugesendet. Diese Vorschrift hat für die Ausbildung unserer particularrechtlichen Institute und überhaupt für das Studium der Jurisprudenz sehr vortheilhaft gewirkt, da sie dem Unterrichter Gelegenheit gibt, die Gründe zu erwägen, warum der Oberrichter ein reformatorisches Erkenntniß erlassen hat und derselbe, wenn er anders deren Richtigkeit anerkennt, in der Lage ist, sich in künftigen Fällen danach zu bemessen.

In Bezug auf die Kosten des Prozesses gehen die Obergerichte des Herzogthums unbedingt von der Ansicht aus, daß nach dem Principe des Schadenersatzes der unterliegende Theil dieselben dem Sieger ersetzen müsse, wenn nicht besondere Gründe eine Compensation derselben, oder eine Condemnation des Siegers (z. B. in dem zu §. 72 angeführten Falle) zum Ersatze motiviren. Zu Vermeidung mitunter vorgekommener Zweifel, wer nach endlicher Entscheidung der Sache die Kosten von Zwischenappellationen zu tragen habe, erkennen die Obergerichte in allen durch Appellation an sie gebrachten Sachen ausdrücklich über den Kostenpunkt selbst dann, wenn sie die Entscheidung darüber einem künftigen endlichen Erkenntnisse vorbehalten.

Erlaß des H. Oberappellationsgerichts vom 7. October 1836.

Ueber das richterliche Benehmen zum Zwecke der vergleichsweisen Beendigung von Prozessen habe ich mich schon oben ausgesprochen. Bei zweckmäßigem Benehmen wird es einem Beamten, welcher das Vertrauen der Amtseinwohner genießt, und ihre Verhältnisse aus seinen doppelten Funktionen als Richter und Verwaltungsbeamter genau kennen gelernt hat, gelingen viele, vielleicht die meisten Prozesse zu vergleichen. Ich erinnere mich aus eigner Erfahrung mancher Fälle, wo es mir gelungen ist bei zufälliger Anwesenheit in den Gemeinden wegen Verwaltungsgeschäften weit aussehende Prozesse durch zweckmäßige Vermittlung in der Geburt zu ersticken, während vielleicht später nach vermehrter wechselseitiger Aufreitzung der Partheien eine gütliche Beilegung unmöglich gewesen seyn würde. Eben hierin dürfte sich ein weiterer Vorzug der altherkömmlichen Ver-

bindung dieser beiden Funktionen finden, welcher zur Ausgleichung der bekannten Nachtheile derselben, die überhaupt bei gehöriger Aufsicht, und kräftiger Stellung der obern Justizbehörden weniger fühlbar sind, bedeutend beiträgt.

Ein bekannter Grundsatz des römischen Rechts

l. 32 Cod de transact. (2. 4.)

l 7 D. eod. (2. 15)

ist es, daß Vergleiche gegen rechtskräftige Erkenntnisse ungültig sind. Von vielen ausgezeichneten Rechtslehrern z. B.

Voëtius Comment. lib. 2. Tit. 15. §. 11.

Stryk usus mod. lib. 2. Tit. 15. §. 7.

ist indessen die Behauptung aufgestellt worden, daß diese Bestimmungen des römischen Rechts in Deutschland nie zur Anwendung gekommen seyen. In neuerer Zeit ist dieser Gegenstand in dem Archive für civilistische Praxis Bd. 8. Abhdlg. 12. und Bd. 9. Abhdlg. 5. und 22. erörtert worden.

Einen sehr triftigen Beleg, daß die Ansicht der Nichtanwendung der in Frage befangenen römischen Gesetze in Deutschland irrig ist, bildet das in Deutschland von jeher mit Recht hochgehaltene Mainzische Landrecht, worin Tit. 31. §. 1. 2. diese Bestimmung des römischen Rechts ausdrücklich aufgenommen ist. Klar ist es übrigens wohl, daß rein remissorische Verträge dadurch nicht ausgeschlossen sind, da es jedermann frei steht, eine anerkannte Verbindlichkeit im Wege der Schenkung zu erlassen. Ferner muß es, wie Thibaut in der letzten der oben angeführten Abhandlungen zugibt, als gültig betrachtet werden, wenn der Vergleich nicht bloß die rechtskräftig entschiedene Sache betrifft, sondern sich gleichzeitig über mehrere andere Verhältnisse der Paciscenten erstrekt,

wie dieses bei der römischen stipulatio aquiliana §. 2. Inst quibus modis tollitur obligatio (3. 30.) der Fall war.

Diese Grundsätze hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen in dem Erkenntnisse vom 3. Februar 1836 in Sachen Karl Bermann gegen Joseph Bermann angenommen.

Zu §. 27.

Die Aufhebung des Verfahrens über anticipirten Beweis hat sich in der bisherigen Ausführung als vorzüglich bewährt. Die vielen Verwicklungen, Controversen und Verzögerungen, wozu die Anticipation des Beweises im ersten Verfahren, und häufige Erkenntnisse auf bessern Beweis nach langen Verhandlungen Veranlassung geben mußten, sind verschwunden, und mir ist noch kein Beispiel vorgekommen, wo der Untergang dieser Lehre zu beklagen gewesen wäre. Fest abgeschlossen steht nun das Verfahren über die Festsetzung des Streitpunkts da, und mit dem Ausspruche des Richters, wer von beiden Theilen den Beweis der unter ihnen streitigen relevanten Thatsachen zu führen habe, beginnt der zweite Abschnitt des Prozesses, das Beweisverfahren.

Ueber die allerdings öfters schwierige Frage, wem der Beweis obliege, sind bekanntlich sehr viele Monographien vorhanden; vorzügliche Bemerkungen darüber in neuester Zeit enthält Linde's Abhandlung über den Beweis verneinender Sätze in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Band 1. N. 5.

Ich bemerke im allgemeinen, daß ich die Aufstellung durchgreifender Regeln hierüber nicht wohl für möglich halte. Im einzelnen Falle muß stets der Rich-

ter sorgfältig untersuchen, welche Klage angestellt ist, und was die Gesetze zu deren Begründung verlangen; dann wird er, ohne sich durch die Art des Vertrags des Beklagten (bekanntlich ist es für einen geübten Sachführer nicht schwer positive Behauptungen unter der Form einer Abläugnung vorzutragen, während der ungeübte häufig die verneinende Einlassung als eine Einrede vorbringt) irre machen zu lassen, klar erkennen, was litis contestatio negativa, was exceptio ist, und folgeweise nach dem einfachen Satze, quod actori incumbit probatio, et quod excipiendo reus fit actor richtig beurtheilen, wem der Beweis der unter den Partheien streitigen Thatsachen obliegt.

Die Obergerichte des Herzogthums betrachten übrigens als Gegenstand des Beweises für die sich darauf berufende Parthei nicht blos die Gesetze fremder Staaten, sondern auch alle inländischen Partikularverordnungen, welche nicht in der im Jahre 1816 veranstalteten Sammlung älterer Gesetze und den seit dieser Zeit erschienenen Verordnungsblättern, und in den ältern Landrechten der verschiedenen deutschen Staaten, welche, sey es nun ungetheilt, oder in Parcellen, das Herzogthum Nassau bilden, enthalten sind. Wenn es auch im allgemeinen ein wahrer Satz ist, daß der Richter die Gesetze kennen muß, so würde es doch nach den besondern Verhältnissen unsers Landes eine offenbare Unmöglichkeit für den Richter seyn, alle Acte der Gesetzgebung, welche in diesen verschiedenen größern und kleinern Staaten seit alter Zeit stattgefunden haben, genau zu kennen und zu wissen, ob sie gehörig publicirt worden sind, ob sie sonst die Erfordernisse eines Gesetzes haben, ob ihnen nicht durch eine spätere Verordnung derogirt worden ist &c. Er

würde hierüber, wollte er die Sache anders behandeln, jeden Augenblick zu irren Gefahr laufen. — Ueber den Beweis fremder Gesetze vorzüglich zu beachten ist Mittermaiers Abhandlung im Archive für civilistische Praxis Band 18. N. 4.

Sodann ist durch eine feststehende Praxis der Obergerichte, namentlich durch wiederholte Entscheidungen des H. Oberappellationsgerichts die controverse Frage über die Beweislast bei der Negatorienklage dahin entschieden, daß der angeblich Servitutberechtigte den Beweis der rechtlich begründeten Erwerbung derselben auch dann führen muß, wenn er durch ein früheres Erkenntniß über eine possessorische Klage im Besitze geschützt worden seyn sollte. Als Beispiel bezeichne ich das Erkenntniß des H. Oberappellationsgerichts vom 14. September 1836 in Sachen des Pfarrers Hewel gegen die Fürstl. Wiedische Rentkammer.

Weniger zweckmäßig hat sich die weitere Vorschrift des Gesetzes gezeigt, daß der Beweis und der directe Gegenbeweis in derselben Frist angetreten werden müssen. Namentlich hat dieselbe mitunter da Schwierigkeiten veranlaßt, wo eine Parthei sogenannten künstlichen Beweis angetreten hatte, z. B. wenn der Beweis der Erwerbung einer Erbschaft durch eine gestio pro herede, der Beweis einer servitus discontinua durch unvordenkliche Verjährung (wodurch allein, wie ich gelegentlich in Bezug auf die bekannte Controverse hier bemerken will, nach feststehender Praxis der Herzogl. Nass. Obergerichte namentlich des H. Oberappellationsgerichts servitutes discontinuae ohne Titel im Wege der Verjährung erworben werden können, — zu vergleichen ist übrigens vorzüglich über diese Controverse Bessel's sehr ge-

lungene Abhandlung im Archive für civilistische Praxis Band 13. N. 19.) geführt werden soll ꝛc. Meines Erachtens wäre es zweckmäßiger, wenn diese Vorschrift auf den sogenannten indirecten Gegenbeweis, nämlich den Beweis der Einreden, Repliken und Dupliken beschränkt, und demnächst zum Antritte des directen Gegenbeweises beiden Theilen eine neue Frist anberaumt würde.

Da nach §. 98 der Prozeßordnung Beweisinterlokute nicht rechtskräftig werden, so bedienen sich die Gerichte des Herzogthums hierzu nicht der Urtheilsform, sondern jener von Decreten. Von dem H. Hof- und Appellationsgerichte zu Usingen ist hierzu folgende Form gewählt, und den H. Aemtern zur gleichfallsigen Beobachtung empfohlen worden:

Decret

in Sachen ꝛc. betreffend ꝛc.

Nach erfolgtem Actenschlusse und in Erwägung (oder mit Bezug auf die anliegenden Entscheidungsgründe) wird hiedurch erkannt:

Würden Beweis antreten

1) der Kläger, daß ꝛc.

2) der Beklagte, daß ꝛc.

so soll weiter ergehen was Recht ist.

Zur Antretung des Beweises und Gegenbeweises wird eine Frist von 21 Tagen (Termin auf ꝛc. Uhr) unter dem Rechtsnachtheile des Verlustes der Beweismittel hierdurch anberaumt.

Da es in dem Verfahren bei den H. Aemtern vorkommen kann, daß ein Theil schriftlich, der andere mündlich verhandelt, so ist in diesem Falle dem schriftlich Handelnden eine Frist, dem mündlich Handelnden ein Termin anzuberaumen.

Nach pos. VIII. der Verordnung vom 13. Dezember 1825 hat der Unterrichter, wann appellirt war, und die Appellation, sey es nun durch ein Erkenntniß in der höheren Instanz, sey es durch Verzicht oder Desertion erledigt worden ist, stets eine neue Beweisfrist anzuberaumen, selbst dann, wenn die Sache an sich nicht appellabel, und der Berufung nur irrthümlich stattgegeben worden wäre. Durch diese Vorschrift sind alle Zweifel über den Anfang der Beweisfrist beseitigt.

Zu §. 28.

Um der nothwendigen Gleichheit der Rechte willen darf die Beweisantretung des einen Theils, sey sie nun schriftlich, oder mündlich erfolgt, nicht eher mitgetheilt werden, bis auch der Gegner Beweis angetreten hat, oder die Frist resp. der Termin dazu verstrichen ist. In diesem letztern Falle liegt in dem Decrete, wodurch von den H. Aemtern in dem schriftlichen Verfahren die zeitig eingekommene Eingabe des einen Theils dem ungehorsamen Theile mitgetheilt wird, der Ausspruch der Präclusion. Die mitunter vorgekommene Ansicht, daß es einer besonderen Contumacialanzeige bedürfe, um eine Parthei im schriftlichen Verfahren bei Amte des Rechts verlustig zu machen, Beweismittel auch noch nach Ablauf der Beweisfrist beizubringen, ist daher irrig. Das Nachbringen neuer Beweise sowie das Nachbringen des Versäumten überhaupt kann vielmehr nach pos. VII. der Verordnung vom 13. Dezember 1825 auch bei den H. Aemtern im schriftlichen Verfahren nur vermittelst Restitution geschehen.

Sollte ein Theil seine Beweisantretungsschrift übergeben haben, ehe er von einer von dem Gegner einge-

legten Appellation in Kenntniß gesetzt worden war; so darf, nachdem diese für desert erklärt, oder wegen mangelnder Beschwerden abgeschlagen worden ist, aus den angeführten Gründen die übergebene Schrift nicht sofort mitgetheilt werden, sondern der Richter muß der am Schlusse des vorigen Paragraphen bemerkten Vorschrift gemäß beiden Theilen zum Beweisantritte eine neue Frist anberaumen. Demjenigen Theile, welcher schon Beweis angetreten hat, bleibt es dann überlassen sich auf die bereits gemachte Eingabe zu beziehen.

Die weitere Bestimmung des Gesetzes, daß die Fristen zur Beweisantretung und Erklärung darauf nur wegen bescheinigter Unmöglichkeit des Handelns verlängert werden können, scheint mir allerdings etwas zu strenge zu seyn. Sie hat den Erfolg gehabt, daß öfters blos um Zeit zu gewinnen, Appellation eingelegt, und demnächst wieder fallen gelassen wird, wodurch dann eine weit größere Verzögerung entsteht, als wenn die Beweisfrist erstreckt worden wäre. Die Partheien müssen hier allerdings sehr vorsichtig seyn, wie der von v. d. Nahmer in seiner Sammlung der Entscheidungen des H. Oberappellationsgerichts Theil 2. Nro. 4. angeführte Fall nachweißt.

Ob mit dem Productionsverfahren des dazu reifen Theils der Beweismittel voranzuschreiten, oder zu warten sey, bis auch die übrigen in den Beweisantretungen bezeichneten Beweismittel nach Eingang der erforderlichen Erklärungen dazu reif sind, wird der Richter nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit im einzelnen Falle ermessen. In der Regel wird es, wenn durch briefliche Urkunden und Zeugen Beweis angetreten worden ist, gut seyn, den Urkundenverhandlungs-

termin auszusetzen, bis zur Abhör der Zeugen ebenfalls Termin anberaumt werden kann. Durch diese gemeinschaftliche Behandlung der Beweismittel wird der Richter sich selbst Zeitaufwand, den Partheien aber Gänge und Kosten ersparen, vorausgesetzt, daß die muthmaßliche Dauer des Zeugenverhörs und der Verhandlung über die Urkunden deren gleichzeitige Vornahme an einem Tage als thunlich erwarten läßt. Ist der Beweis blos durch briefliche Urkunden und Eideszuschiebung angetreten, so kann der Richter ganz zweckmäßig sofort Termin zur Urkundenverhandlung und Erklärung über den Eid in diesem Termine anberaumen.

Zu §. 29.

Die Zweckmäßigkeit der in diesem und den folgenden Paragraphen über das Beweisverfahren durch Zeugen enthaltenen Vorschriften hat sich in der bisherigen Erfahrung bewährt. Ich glaube nicht, daß jemand im Herzogthume das geheime Zeugenverhör mit Artikeln, Fragstücken und Rotul zurückwünscht.

Dem Ausspruche, daß ein Zeuge als unfähig verworfen werde, müssen Motive beigefügt seyn, während die Erörterung der Gründe, warum ein Zeuge als mehr, oder weniger verdächtig erscheint, also nur mit Vorbehalt der Einreden zugelassen wird, der Natur der Sache nach dem Urtheile vorbehalten bleibt.

Zu §. 30.

In diesem Schreiben darf, wenn es an ein inländisches Amt gerichtet ist, die Bemerkung nicht fehlen, wer die Zeugengebühren und Stempelkosten zu bezahlen hat. Wird ein ausländisches Gericht requirirt, so muß

das requirirende Gericht stets dafür sorgen, daß die Kosten berichtigt werden. Diese Sorge für Berichtigung der Kosten muß auch bei einem inländischen eintreten, wenn die zahlungspflichtige Parthei im Verhöre ausbleiben und der requirirte Richter in seinem Gerichtsbezirke keine Executionsobjecte zu deren Beitreibung von ihr finden sollte.

Die H. Obergerichte pflegen, wenn ein inländischer Beamter mit der Zeugenabhör beauftragt wird, zur Abkürzung der Sache demselben aufzugeben, daß er die Anwälte beider Theile von dem anberaumten Termine direct in Kenntniß setzen möge, und daß das Amt diesen Auftrag erhalten habe, in dem Decrete, worin die Abhör der Zeugen verfügt wird, den Anwälten zu bemerken.

Zu §. 35.

Sollten spätere Ereignisse eine bei Amte schriftlich handelnde Parthei an dem Erscheinen in dem anberaumten Termine verhindern, so kann sie unter Bescheinigung dieser Hindernisse den hier erwähnten Aufsatz auch später übergeben. Bei den H. Hof- und Appellationsgerichten kann dieser Fall nicht wohl vorkommen, da es einem verhinderten Anwalte stets überlassen bleibt, einen gehörig instruirten Collegen zu substituiren.

Zu §. 36.

Sogleich nach Abhör des Zeugen muß der Richter dessen Gebühren festsetzen, und die Parthei welche denselben vorgeschlagen hat, zu deren sofortiger Entrichtung anhalten. Die Festsetzung und Zahlung der Gebühren sind unter dem Protocolle zu bemerken. Sollte die

zahlungspflichtige Parthei in dem Termine ausgeblieben, oder mit den nöthigen Geldmitteln nicht versehen erschienen seyn, so wird der Richter nöthigenfalls durch sofortige Execution für die Beitreibung des Geldes sorgen.

In solchen Fällen, wo voraussichtlich die Gebühren der Zeugen durch Transportkosten rc. rc. sehr bedeutend seyn werden, wird der Richter zu Vermeidung von Verlegenheiten gut thun, wenn er deren ungefähren Betrag voraus ankündigt, und nach Befund dessen Deposition vor Erlassung der Vorladung verfügt.

Da man niemand zumuthen kann, zu Erfüllung der Zeugenpflicht eigenen Aufwand zu machen, so sind auch zum Armenrechte zugelassene Partheien von Zahlung der Zeugengebühren nicht befreit. Sollten inländische Arme gar keine Mittel haben diese Kosten aufzubringen, so müssen sie sich an die Amtsarmencommission ihres Wohnorts wenden, welche den Principien der Armenfürsorge gemäß ihnen nach geeigneter Untersuchung die nöthigen Mittel zu verschaffen hat.

Zu §. 40.

Von diesen allgemeinen Fragstücken dürfte das siebente wohl bei einer künftigen Revision des Gesetzes zu streichen seyn; der Richter kann dasselbe einem rechtlichen Manne stets nur mit der Entschuldigung vorlegen, daß das Gesetz ihn dazu verpflichte.

Ich bemerke hier, daß das H. Oberappellationsgericht die Frage, ob eine Parthei schuldig sey, im Termine zur Zeugenabhör persönlich zu erscheinen, um sich von den Zeugen recognosciren zu lassen, in einem Prozesse, wo es sich um den Beweis des Ehebruchs handelte, bejahend entschieden hat. Ein Auszug der

Entscheidungsgründe findet sich bei von der Nahmer Entscheidungen des H. Oberappellationsgerichts Th. 1. Nro. 14.

Zu §. 42.

Durch die den Partheien ertheilte Befugniß, den Zeugenverhören beizuwohnen, sind die Vorschriften in Cap. 48. und 53. x. de testibus (2. 20.) wonach die Wiederholung der Abhör von Zeugen verlangt werden kann, deren Aussagen dunkel niedergeschrieben sind, oder welche der Richter über relevante Thatumstände zu befragen unterlassen hat, zwar nicht aufgehoben; jedoch müssen meines Erachtens diese eine schuldvolle Unterlassung des Richters unterstellenden Vorschriften als dahin modificirt betrachtet werden, daß eine Wiederholung wegen unvollständiger Befragung nur dann verlangt werden kann, wenn aus dem Protocolle hervorgeht, daß der Richter es verweigert hat, Anträgen der Parthei über an den Zeugen zu richtende Fragen zu entsprechen, oder wenn er es unterlassen hat über einen von der nicht erschienenen Parthei nach §. 35 eingereichten Aufsatz die nöthigen Fragen an den Zeugen zu richten.

Dieses Verlangen einer erneuerten Abhör muß, wenn es Berücksichtigung finden soll, spätestens in der nach §. 44. gestatteten Deductionsschrift vorgebracht werden; wird dasselbe abgeschlagen, so kann demnächst darüber mit der Appellation gegen das Endurtheil Beschwerde geführt werden. Bei Partheien, welche mündlich zu Protocoll verhandelt haben, treten dagegen auch hier die Bestimmungen von pos. VII. der Verordnung vom 13. Dezember 1825 und von §. 110. (am Schlusse) der Prozeßordnung ein.

Zu §. 43. und 44.

Das in §. 43. vorgeschriebene Decret darf nicht eher erlassen werden, bis das ganze Beweisverfahren vollendet ist. Wären daher nach Abhaltung der Zeugenverhöre noch Verhandlungen über Urkunden oder eine Expertise unvollendet, so muß deren Beendigung vorerst abgewartet werden.

Es darf nicht übersehen werden, daß diese Deductionen über den Inhalt des Beweisverfahrens nur in solchen Fällen zu gestatten sind, wo Beweisverhandlungen durch Zeugen statt fanden. Bei einem Beweisverfahren, worin blos Urkunden vorkamen, ist eine solche nachträgliche Ausführung darum unnöthig, weil der Beweisführer schon in der Beweisantretungsschrift genau angeben muß, was er durch jede Urkunde, oder durch mehrere in ihrer Zusammenstellung beweisen will; die Ausführungen des Gegners aber in den Verhandlungstermin gehören. Bei einem Beweisverfahren durch Experte, und einem solchen durch Eid treten die Vorschriften der §§. 66. und 87. der P. Ordnung ein.

Da überhaupt diese Deductionen, welche bei einem weitläufigen Verfahren von Wichtigkeit seyn können, bei einfachen Beweisverfahren meistens sehr unerheblich sind, so wird in dem mündlichen Verfahren vor Amte die Anberaumung eines besondern Termins dazu in der Regel unnöthig seyn. Sind daher beide Theile bei dem Zeugenverhöre zugegen gewesen, so wird der Richter dieselben zweckmäßig befragen, ob und was sie darüber anzuführen haben, und wenn nach der in das Protocoll aufzunehmenden Erklärung weitere Verhandlungen nicht nöthig sind, zum Actenschlusse übergehn.

Die allgemeine Fassung des Schlusses des §. 44. läßt es nicht bezweifeln, daß diese Vorschrift von allen Beweiseinreden gilt; wenn z. B. eine Parthei sich darauf berufen wollte, daß eine Urkunde, welche sie als von ihr unterschrieben anerkennen muß, verfälscht sey, daß sie zu dieser Unterschrift gezwungen, oder in einem Zustande bewußtloser Trunkenheit dazu veranlaßt worden sey ꝛc. ꝛc., so muß dieselbe darüber sofort, oder, in einem auf ihr Ansuchen erstreckten Termine (§. 70. der Prozeßordnung) Beweis antreten, über dessen Ausführung dann der Richter nach Anhörung des Gegners in Gemäsheit des §. 95. der Prozeßordnung verfügt.

Zu §. 45. und 46.

Die Bestimmungen des §. 45. sind klar, und ihre Zweckmäßigkeit kann wohl keinem Anstande unterliegen.

Daß nahe verwandte Personen auf Verlangen der streitenden Theile als Zeugen nicht zuzulassen sind, und wenn sie sich weigern Zeugniß abzulegen, dazu nicht gezwungen werden können, ist eine gemeinrechtliche, in alle besondere Prozeßgesetze der einzelnen deutschen Staaten übergegangene Vorschrift. So zweckmäßig dieselbe übrigens, besonders in der in unserm Gesetze enthaltenen Beschränkung auf die nächsten Verwandten ist, so müssen doch Ausnahmen statt finden können. Wenn es auch wahrscheinlich ist, daß der Schluß des Paragraphen blos die Bestimmungen in Cap. 3. x. qui matrim. accusare possunt ꝛc. ꝛc. (4. 18.) vor Augen hat, so gibt er doch den Gesichtspunkt an, daß Ausnahmen möglich sind. Die H. Nassauischen Gerichte haben nun zwar den von vielen Praktikern aufgestellten Satz, si veritas aliter haberi nequit, meines Wissens

nie anerkannt, dagegen hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen in wiederholten Entscheidungen den Grundsatz ausgesprochen, daß weder eine Verwerfung, noch eine Versagung des Zeugnisses nahe verwandter Personen in Fällen statthaft ist, wo sie ausdrücklich als Urkundspersonen zum Abschlusse eines Rechtsgeschäfts zugezogen worden sind.

Ferner muß der große Unterschied unter blosen Zeugen und solchen Personen, welche bei einem Rechtsgeschäfte als Disponenten auftreten, nicht übersehen werden. In Sachen der geschiedenen Ehefrau des Joh. Müller gegen Kaspar Weis kam der Fall vor, daß der Beklagte das eingeklagte Darlehn an den geschiedenen Ehemann der Klägerin gezahlt zu haben behauptete, darüber eine angeblich von diesem ausgestellte Quittung vorlegte, und als deren Aechtheit in Abrede gestellt wurde, die Abhör des Ausstellers verlangte. Die Klägerin wollte mit Bezug auf §. 46 der Prozeßordnung dieses nicht zugeben. Man vergleiche über diesen Gegenstand den Aufsatz in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 1. Abh. 1. S. 5 2c.

Zu §. 47.

Zu 1.) Diese Vorschrift scheint mir etwas unbestimmt. Sollte das Gesetz eine förmliche restitutio famae von Seiten des Regenten, wovon ein Beispiel gesehen zu haben ich mich nicht erinnere, verlangen, oder reicht Aufnahme in eine Gemeinde und ein guter Lebenswandel nach Entlassung aus der Strafanstalt hin? Ich erinnere mich nicht, daß die Sache practisch zur Sprache gekommen ist.

Zu 2.) Diese Bestimmung muß ohne Zweifel darin ihre Gränze finden, daß der Anwalt von demjeni-

gen nichts zu entdecken hat, was ihm in Folge der Uebertragung der Sache eröffnet wurde. Ueber dasjenige, was ihm früher von streitigen Verhältnissen auf andere Weise bekannt geworden war, muß er allerdings Zeugniß ablegen, da es einer Parthei nicht überlassen seyn kann, durch die Wahl des Anwalts dem Gegner den besten Zeugen zu entziehen. Dasselbe muß von dem Geistlichen gelten, welchem von einem, oder dem andern streitenden Theile Eröffnungen gemacht worden sind.

Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen hat diese Grundsätze wiederholt ausgesprochen. Die geladenen Anwälte und Geistlichen wurden mit der Bemerkung vereidigt, daß sie von demjenigen, was ihnen einer der streitenden Theile vermöge des geistlichen Amts, oder zum Zwecke der Rechtsvertheidigung anvertraut habe, nichts auszusagen hätten. Als Beispiele bezeichne ich die Sachen Linz gegen Elsenbeck, und Vogt gegen seine Ehefrau.

Dasselbe Gericht hat ferner in wiederholten Entscheidungen den weitern Grundsatz ausgesprochen, daß niemand darüber zum Zeugniß aufgefordert werden kann, ob er nicht selbst eine schändliche Handlung begangen habe. Gewiß mit Recht, denn die allgemeine Bürgerpflicht zur Zeugnißablage kann unmöglich so weit ausgedehnt werden, daß der Zeuge sich selbst zu Schandthaten bekenne. Die Frage kam z. B. bei Ehescheidungsprozessen vor, wo der angebliche Concumbent des beklagten Ehegatten zum Zeugen über den begangenen Ehebruch vorgeschlagen wurde.

Daß ein Staatsdiener es nicht im allgemeinen verweigern kann, über bei Gelegenheit von Dienstfunc-

tionen in Bezug auf streitige Rechtsverhältnisse gemachte Beobachtungen Zeugniß abzulegen, hat auf Anfragen das H. Staatsministerium durch ein Rescript vom Monate Septemter 1830 ausdrücklich mit dem Anhange entschieden, daß eine solche Zeugnißablage nicht zur Ausforschung von Dienstgeheimnissen misbraucht werden dürfe, daher der Staatsdiener auf eine dahin abzweckende Frage die Antwort zu verweigern befugt und verpflichtet sey.

Zu §. 50.

Die in diesem Paragraphen niedergelegte große Ausdehnung der gemeinrechtlichen Bestimmungen über Statthaftigkeit einer Zeugenabhör zum ewigen Gedächtnisse ist allerdings nicht unbedenklich, da auf diese Art manches zwecklose Zeugenverhör herbeigeführt werden kann. Bis jetzt sind mir indessen noch nicht viele Beispiele vorgekommen, wo ein solches Verhör ohne rechtfertigende Ursachen verlangt worden wäre.

Die H. Hof- und Appellationsgerichte pflegen, wenn sie einer solchen Zeugenabhör statt geben, nicht blos den Gegner davon in Kenntniß zu setzen, sondern auch, wenn nicht besondere Gefahr auf dem Verzuge haftet, ihn vorher nach §. 29 der Prozeßordnung zur Angabe seiner Einreden gegen die Personen der abzuhörenden Zeugen aufzufordern. Dieses Verfahren ist darum zweckmäßig, weil nun der Grund etwa vorhandener Einreden durch Befragen des Zeugen erörtert werden kann, während, wenn solche späterhin, wo ein solches Befragen nicht möglich ist, erst vorgebracht werden, oft große Weiterungen entstehen können.

Es ist übrigens klar, daß wenn demnächst in dem Prozesse von einem solchen Zeugenverhöre Gebrauch ge-

macht werden soll, es hinreicht, wenn die darauf antragende Parthei in der Beweisantretungsschrift bittet, dasselbe den Acten zu adregistriren, und es hier nicht der Form der Beweisantretung durch Urkunden bedarf.

Ferner kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß eine solche Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse auch bei Sachverständigen (bei Urkunden ist, wie Reinhard in seinem Handbuche §. 207. nachweißt, eine solche Beweisaufnahme nicht denkbar) vorkommen kann, wenn der Gegenstand der Begutachtung zu verschwinden droht; z. B. wenn wegen eines gefallenen Thiers die Wandlungsklage, oder die Klage aus dem aquilischen Gesetze angestellt werden will. In solchen Fällen wird zwar der Richter gewöhnlich nicht Zeit finden, um den Gegner des auf die Expertise Antragenden über die Personen der Experten zu hören; indessen wird er, wenn die Entfernung es irgend gestattet, ihn zur Beiwohnung bei der Expertise laden. Es ist Pflicht des Richters dafür Sorge zu tragen, daß die Sachverständigen die von ihnen an den Gegenstand des Gutachtens wahrgenommenen relevanten Merkmale möglichst vollständig in die Acten niederlegen, damit eine etwa vorzunehmende Wiederholung des Gutachtens durch andere Sachverständige hierauf, als ein *erschöpfendes* Zeugniß über die von ihnen vermöge ihrer technischen Kenntnisse gemachten sinnlichen Wahrnehmungen möglich ist. Sollten diese Resultate in den Acten nicht vollständig niedergelegt seyn, so steht gewiß nichts entgegen, daß zum Zwecke einer nach §. 61 oder 63. zu wiederholenden Expertise die frühern Experten, gleich anderen Personen, welche den verschwundenen Gegenstand gekannt haben, welchen Letztern denn freilich oft die nöthigen Eigenschaften abgehen wer-

den um die relevanten Verhältnisse richtig zu erkennen, als Zeugen vorgeschlagen und vernommen werden.

Uebrigens geht aus diesem Beispiele der vielfach besprochene Unterschied unter Zeugen und Experten, und wie demohngeachtet beide Eigenschaften in einer Person sich vereinigen können, mit ziemlicher Klarheit hervor.

Zu §. 51. — 62.

Durch die in diesen Paragraphen niedergelegten Vorschriften ist das Verfahren bei der Beweisführung durch Sachverständige genau regulirt. Ihre Vollziehung hat noch nie einem Anstande unterlegen.

Vermöge des zu §. 5. oben angeführten Grundsatzes hat der Richter in dem den Gegner zur Erklärung über die von einer Parthei vorgeschlagenen Sachverständigen auffordernden Decrete dasjenige auszudrücken, was in §. 53. bestimmt ist.

Eine Befragung der Sachverständigen über Generalien nach §. 40 der Prozeßordnung ist nicht vorgeschrieben, und auch unpassend, indem es auf die persönlichen Verhältnisse dieser nach contradictorischen Verhandlungen, worin etwaige Einreden vorgebracht werden mußten, von dem Richter ernannten Personen nun nicht weiter ankommt.

Hinsichtlich der Zahlung der Gebühren der Sachverständigen gilt das nämliche, was oben zu §. 36 wegen der Zeugen gesagt worden ist.

Zu §. 63.

Abgesehn von demjenigen, was aus dem Gesichtspunkte theoretischer Consequenz (vergl. Reinhardt Handbuch rc. §. 197) gegen die Befugniß der Partheien er-

innert werden kann, ohne Angabe von Gründen, die Wiederholung einer Expertise zu verlangen, ist es auch nicht zu läugnen, daß eine solche Erlaubniß zur Verzögerung der Prozesse sehr misbraucht werden kann. Wenn nun aber auch eine Art Instanzenzug, wie Gönner in seinem Handbuche denselben vorschlägt, nicht zweckmäßig erscheint, so spricht doch für die auch in der preußischen Gerichtsordnung enthaltene Bestimmung dieses Paragraphen der Umstand, daß an den Sitzen der höheren Gerichte sich meistens Gelegenheit darbieten wird erfahrnere Sachverständige zu finden, als solche an den Amtssitzen den häufig nicht mit auswärtigen Bekanntschaften versehenen Partheien zu Gebote stehen werden. Wie zweckmäßig für Recht und Wahrheit diese den Partheien eingeräumte Befugniß ist, davon habe ich in mehreren Fällen mich zu überzeugen Gelegenheit gehabt.

Soll übrigens der in der Appellationsrechtfertigungsschrift enthaltene Antrag auf eine Wiederholung der Expertise Berücksichtigung finden, so müssen zugleich neue Experte vorgeschlagen werden. Das hierauf ergehende Dekret ist nach §. 53. in Verbindung mit §. 108. der P. Ordnung einzurichten.

Zu §. 65.

Wenn es, was im mündlichen Verfahren der Richter meistens schon im ersten Termine zu beurtheilen im Stande seyn wird, zur Verständlichkeit der Sache von Nutzen ist, daß ein Riß über den streitigen Gegenstand zu Acten gebracht werde (vergleiche pos. 4. des Gen. Rescripts vom 26. Nov. 1822.), so wird der Richter in der Regel die Einnahme eines Augenscheins verfügen, und wenn nach Lage der Sache die

eigne Fertigung eines Handrisses nicht wohl thunlich erscheint, einen Geometer zuziehen. Die Auflage an die Partheien, Risse zu den Acten zu bringen, hat meiner Erfahrung nach nie einen guten Erfolg gehabt; mitunter waren die Risse wesentlich verschieden; die eine Parthei bestritt die Richtigkeit des von der andern producirten, und dem Richter fehlte stets die klare Ansicht der Sache, welche er durch eignen Augenschein gewinnt. Dafür, daß diese klare Ansicht nicht blos subjectiv bleibe, sondern objectiv für jedermann aus den Acten hervorgehe, muß der Richter durch Aufnahme eines deutlichen, alle nicht nur nach seiner Ansicht, sondern auch nach den Ansichten der streitenden Theile relevanten Merkmale des besichtigten Gegenstandes genau beschreibenden Protocolls besorgt seyn.

Zu §. 67. und 68.

Daß jede Handschrift mit alleiniger Ausnahme der Wechsel stets nur Beweismittel ist, und nie Klagegrund seyn kann, darüber haben sich die H. Nass. Obergerichte in verschiedenen Entscheidungen ausgesprochen. Man vergleiche über diese Frage vorzüglich Marezolls Abhandlung in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 3. Nro. 14.

Nach dem Generalerlasse an die Prokuratoren vom 7. Dezember 1822 müssen Originalurkunden bei den Obergerichten verschlossen mit den Ansuchen übergeben werden, dieselben in der Registratur in Verwahrung zu nehmen. Die erfolgte Verschlußnahme wird dem Anwalte durch das ergehende Decret eröffnet.

Befinden sich die Originalurkunden, womit eine Parthei Beweis angetreten hat, in der Registratur des

jenigen Gerichts, wo der Prozeß anhängig ist, so müssen die Acten, wobei sie sich befinden, und ihre Stelle darin genau bezeichnet, und um deren Vorlage im Productionstermine angesucht werden. Generalerlaß vom 29. November 1822 pos. 7.

Wenn dagegen die Acten, worin die Originalurkunden liegen, sich in dem Archive einer andern Justizbehörde, einer Polizeibehörde oder der H. Rechnungskammer befinden, so muß um deren Einforderung im Wege der Requisition nachgesucht werden. Ein Editionsverfahren kann in diesem Falle nicht vorkommen. Von dem Eingange der Acten werden demnächst die Parteien in Kenntniß gesetzt, und ihnen deren Einsicht in der Registratur überlassen.

Die H. Nassauischen Obergerichte halten genau auf die Beobachtung der gemeinrechtlichen Vorschrift, daß in der Beweisantretungsschrift sorgfältig zusammengestellt werden muß, was der Beweisführer mit den einzelnen Urkunden, welche er beibringt, beweisen will, und wie sie etwa zu Herstellung des ihm obliegenden Beweises sich wechselseitig unterstützen. Namentlich hat das H. H. und App. Gericht zu Usingen bereits in mehrern Fällen, wovon ich beispielsweise das von dem H. O. App. Gerichte bestätigte Erkenntniß in der Sache des Kirchenvorstandes zu Nordenstadt gegen die H. Generaldomänendirection, wegen Reparatur der Kirche und des Pfarrhauses zu Nordenstadt, anführe, die blose Erklärung „man trete Beweis durch die abschriftlich anliegenden Urkunden an" für ungenügend erklärt.

Ueber das Verfahren bei der Beweisführung durch Urkunden bei den H. Aemtern hat dieses Gericht in wiederholten Dienstweisungen folgende Vorschriften er-

theilt: Es reicht hin, wenn die mündlich handelnde Parthei auch nur eine Abschrift der Urkunde bringt. Diese, wenn sie nicht im Besitze des Originals ist, sich zu verschaffen, ist ihre Sache, sey es durch eine Editionsklage, wenn dasselbe sich in den Händen von Privaten (wohin in dieser Beziehung auch die H. Generaldomänendirection und andere Verwaltungsbehörden öffentlicher Fonds gehören) befindet, oder im Supplikationswege, wenn sie sich in dem Archive einer Justiz- oder Polizeibehörde, oder der H. Rechnungskammer befinden sollte. Sollte sich dieselbe in der Registratur des H. Amts, bei welchem der Prozeß geführt wird, befinden, so ist es dessen Pflicht dieselben auf Antrag aufzusuchen, und die nöthige Abschrift auf Kosten des Producenten fertigen zu lassen. Eben so hat dasselbe diese Abschrift dann fertigen zu lassen, wenn der Beweisführer ein Original ohne beigefügte Abschrift bringen sollte.

Ist im Beweistermine die Originalurkunde vorgelegt worden, und der Gegner anwesend, so kann sofort zur Verhandlung über Aechtheit und Relevanz der Urkunde geschritten werden. Ist aber nur eine Abschrift vorgelegt worden, oder ist der Gegner nicht erschienen, so muß nach §. 69. der P. Ordnung zur Vorlage des Originals und Verhandlung darüber Termin anberaumt werden. Befindet sich nun die Originalurkunde in der Amtsregistratur, so ist im Verhandlungstermine der betreffende Faszikel daraus zu erheben. Die betreffenden Actenstücke dürfen aber nicht herausgenommen, und eben so wenig darf der ganze Faszikel den neuen Acten adregistrirt werden, weil dadurch dessen künftiges Auffinden sehr erschwert werden würde. Der alte Faszikel ist vielmehr den neuen Verhandlungen blos beizubin-

den mit Niederlegung einer Notiz darüber in der Registratur. In den Archiven der Justiz- und Polizeibehörden befindliche Acten sind durch Requisition herbeizuschaffen, und eben so zu behandeln. Nach erfolgter Verhandlung ist die bei den Acten befindliche Abschrift nach vorgängiger Collationirung zu beglaubigen. Sobald der Prozeß endlich entschieden ist, muß der Richter dafür sorgen, daß die Acten wieder an die Stelle kommen, woher sie entnommen worden sind.

Zu §. 69.

Dieser Paragraph ist mehrmals dahin misverstanden worden, als ob, wenn der Product in dem anberaumten Termine ausbleibe, der Producent nun gar keine Originalien mehr vorzulegen brauche, sondern alles, was derselbe irgend mit der Beweisantretung abschriftlich beigebracht habe, ohne weiteres als richtige Copie existirender Originalurkunden anzunehmen sey.

Indessen muß dieser Paragraph nothwendig in Verbindung mit dem vorhergehenden Paragraphen interpretirt werden, wonach der Producent nicht blos vor dem Richter erscheinen, sondern ihm auch die noch nicht bei den Acten befindlichen Originalien der von ihm als Beweismittel producirten Abschriften vorlegen soll. Bleiben beide Theile aus, so wird niemand zweifeln, daß der Producent den Gebrauch seiner Urkunden verloren hat, und von Realisirung eines Rechtsnachtheils gegen den Producten keine Rede seyn kann. Diesem Falle steht es aber ganz gleich, wenn der Producent zwar kommt, aber dem Richter, welchem er beweisen soll, keine mit den übergebenen Abschriften gleichlautenden Originalurkunden vorlegt, deren Aechtheit er denn in contuma-

ciam als von dem ausgebliebenen Gegner anerkannt betrachten könnte. Diesen Grundsatz hat das Herzogliche Oberappellationsgericht in den Entscheidungsgründen zum Urtheil vom 6. Mai 1836 in Sachen des Kirchenvorstands zu Montabaur gegen die Hofräthin Liel wegen Reparatur der Pfarrkirche ausdrücklich ausgesprochen.

Zu §. 70.

Dieser neue Termin zur Beweisantretung über die Aechtheit einer Urkunde oder Gegenerklärung über den angetretenen Beweis ist seiner Natur nach eine Fortsetzung des früheren. Daher ladet das Herzogliche Hof- und Appellationsgericht zu Usingen, auch wenn die Urkunde schon im Original producirt, und ihre Aechtheit in Abrede gestellt worden war, dennoch von neuem unter den in §. 69. angedrohten Rechtsnachtheilen. Diese Verfahrungsart erscheint darum geboten, weil sonst das Ausbleiben eines Theils im Termine die Fortsetzung des Verfahrens sehr erschweren könnte.

Was das Verfahren bei Vergleichung der Handschriften insbesondere betrifft, so haben die Herzoglichen Hof- und Appellationsgerichte zu Usingen und Dillenburg sich in wiederholten Entscheidungen dahin ausgesprochen, daß eine Verhandlung und Beweisführung über die Aechtheit derjenigen Schrift, welche zur Vergleichung mit der bestrittenen Urkunde vorgelegt wird, unstatthaft ist. Als Beispiel bezeichne ich die im vorigen Paragraphen angeführte Sache der Kirche zu Montabaur gegen die Hofräthin Liel. Der Producent muß eine Schrift vorlegen, welche von dem Producten freiwillig anerkannt wird, oder als öffentliche Urkunde auch ohne Recognition vollkommen glaubwürdig ist. Ich bezweifle nicht, daß er

sich hierzu auch eines Editionsantrags nach §. 71. der Prozeßordnung bedienen kann. Ueber die Frage, ob eine Parthei zum Zwecke der Schriftenvergleichung angehalten werden könne, vor Gerichte zu schreiben, wird in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Band 4. Abhandlung 14. gehandelt. Die Analogie der von mir oben zu §. 29. angeführten Entscheidung des H. Oberappellationsgerichts spricht für die bejahende Ansicht.

Finden die Sachverständigen die Schriftzüge der verglichenen Schrift mit der ächten so ähnlich, daß sie beide als von demselben Aussteller herrührend erklären, so pflegt das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen, wenn die Urkunde das Beweisthema vollkommen erschöpft, weitere Beweismittel damit nicht verbunden sind, und die Beweiskraft der producirten Urkunde durch Beweismittel des Gegners nicht geschwächt ist, auf den Erfüllungseid in der Hauptsache zu erkennen. Als Beispiel bezeichne ich das Urtheil dieses Gerichts vom 22. November 1834 in Sachen des Löb Salomon gegen Peter Albert, wo diese Frage ausführlich erörtert worden ist.

Daß der Diffessionseid von Amtswegen nicht aufzuerlegen, sondern nur auf Verlangen des Producenten zu dessen Abnahme von dem Producten zu schreiten ist, hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen in mehreren Fällen, z. B. durch das angeführte Erkenntniß vom 22. November 1834 in Sachen Löb Salomon gegen Peter Albert entschieden. Da nach §. 63. der Prozeßordnung der Producent eine neue Expertise in der Appellationsinstanz verlangen, und der Unterrichter ihm diese Befugniß nicht entziehen kann, der §. 70. auch als Beweismittel der Aechtheit einer bestrittenen Urkunde

nur den deferirten Eid bezeichnet, so dürfte die Richtigkeit dieser Entscheidung bei uns keinem Zweifel unterliegen. Die Unstatthaftigkeit der Beweisführung der Aechtheit einer Urkunde durch Zeugen, welche dieselbe nicht schreiben, oder wenigstens unterschreiben gesehn haben, sondern blos über die Aehnlichkeit einer Handschrift mit der ihnen bekannten Handschrift des angeblichen Ausstellers aussagen sollen, ist wohl heut zu Tage allgemein anerkannt. Wohl mit Recht erklärt Reinhard in seinem Handbuche §. 216. die Verhandlungen hierüber für geschlossen. Auch die Gerichte des Herzogthums haben sich in wiederholten Entscheidungen in diesem Sinne ausgesprochen. Die angeführte Sache des Montabaurer Kirchenfonds gegen die Hofräthin Liel liefert auch hiervon einen Beleg.

Ich bemerke hier noch, daß die gesetzliche Vorschrift, wonach derjenige, welcher eine Urkunde für sich producirt hat, dieselbe auch gegen sich gelten lassen muß, nur von ihrer Aechtheit, keineswegs aber dahin zu verstehen ist, daß ein solcher Producent auch stets alles für wahr anerkennen müsse, was darin steht. Wer z. B. zum Beweise, daß er seinem Gegner 1000 fl. geliehen habe, einen Brief desselben producirt, worin derselbe den Empfang dieser 1000 fl. als Darlehn anerkennt, gibt damit gewiß nicht alles dasjenige als richtig nach, was dem Schreiber des Briefs noch sonst darin zu bemerken beliebt hat. Die Natur der Urkunde ändert sich durch eine solche Production nicht, sondern der Richter muß, wie in l. 26. §. 2. D. Depositi (16. 3.) ausdrücklich vorgeschrieben ist, beurtheilen, was sie beweißt. Darum kann denn auch ein Kaufmann nicht verlangen von der eidlichen Erhärtung der Richtigkeit seiner Bücher frei zu

seyn, wenn nicht blos er selbst, sondern auch sein Gegner vermittelst eines Editionsantrags sich auf diese Bücher zum Beweise streitiger Thatsachen bezogen hat, so wenig wie eines classischen Zeugen Aussage die Beweiskraft von zweier Zeugen Aussagen dadurch erhält, daß beide Theile denselben in Vorschlag gebracht haben.

Diese Grundsätze hat das H. O. Appellationsgericht in einem Erkenntnisse vom 9. November 1836 in Sachen Gansland gegen Völkel ausgesprochen. Man vergleiche über diesen Gegenstand die Abhandlung von Heise und Cropp a. a. O. Band 1. Nro. 8.

Zu §. 71.

Durch die Vorschriften dieses Paragraphen ist die gemeinrechtlich beschränkte Editionspflicht erweitert worden, und manche darüber bestandene Controversen haben hierdurch ihre Erledigung gefunden.

Diese Bestimmungen unseres Gesetzes haben nun aber mitunter auch dahin ausgedehnt werden wollen, daß die Vorlage von angeblichen Privatnotizen, welche eine Parthei sich gemacht habe, z. B. Hausbüchern, Tagebüchern ꝛc. von dem Gegner verlangt wurde. Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen hat aber solchen Anträgen nie statt gegeben. Die Hausbücher unserer Bürger und Bauern sind keine römischen rationes domesticae, wie schon vor längern Jahren von Almendingen in Grolmans Magazine für Philosophie und Geschichte des Rechts nachgewiesen hat. Bei ihnen findet keine ordentliche Buchführung zum Zwecke eines künftigen Beweises, wie bei den Handelsbüchern der Kaufleute statt, und jedermann ist befugt solche Privatnotizen nach Belieben wieder zu vernichten. Anders

wäre es freilich, wenn, wie mitunter geschieht, in ein solches Hausbuch, Schuldscheine, Quittungen und überhaupt zum Zwecke eines künftigen Beweises niedergeschriebene Urkunden eingetragen worden seyn sollten, und eine solche Urkunde verlangt würde.

Da übrigens der Paragraph nicht geradezu den Verlust des Rechts Edition einer relevanten Urkunde von dem Gegner zu verlangen, androht, wenn das Editionsgesuch nicht im ersten Verfahren angebracht wird, so pflegt das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen solche Anträge auch noch in der Beweisantretungsschrift zu zu lassen. Nur muß alsdann, da nicht ein zweites Beweisinterlocut wegen des Besitzes der Urkunde ergehen kann, für den Fall, daß der Besitz verabredet werden sollte, darüber sofort Beweis angetreten werden. In allen mir bekannt gewordenen Fällen geschah dieses durch Eidesdelation, und es scheint auch wirklich bedenklich in dieser Lage des Prozesses eine andere Beweisführung über die Existenz und den Besitz eines Beweismittels zu gestatten, indem dadurch das Verfahren sehr verzögert werden könnte.

In dem Decrete auf die Beweisantretungsschrift, worin unter eventueller Eideszuschiebung ein begründetes Editionsgesuch enthalten ist, beraumt das gedachte Gericht einen Termin zur Erklärung über den Editionsantrag, und eventuell zur Vorlage der Urkunde und Verhandlung darüber, oder zur Ablage des Editionseides unter den Rechtsnachtheilen der §§. 71. 69. und 77. der Prozeßordnung an. Wird in diesem Termine der Besitz der Urkunde zugegeben, aber Einwand gegen die Verbindlichkeit dieselbe zu ediren vorgebracht, so ist darüber zu erkennen, und wenn die Einwendungen ungegründet befunden wer-

den, ein neuer Termin nach §. 69. und 71. der Prozeßordnung anzuberaumen.

Nicht ganz klar ist die Fassung des vorliegenden Paragraphen über den Rechtsnachtheil, welcher den die Edition der Urkunde verweigernden Editionsbeklagten treffen soll. Mit Recht haben die Gerichte denselben stets dahin ausgelegt, daß die von dem Editionskläger durch die Urkunde zu erweisen beabsichtigten Thatsachen im Falle des Ungehorsams des Gegners nur dann für eingestanden anzunehmen sind, wenn die verlangte Urkunde nach der beigebrachten Abschrift, oder der anderweiten Bezeichnung ihres Inhalts auch wirklich dasjenige auf eine dem Richter überzeugende Weise enthält, was er damit beweisen will. Denn nur die Existenz der Urkunde kann der Natur der Sache nach in Folge des Ungehorsams im Editionsverfahren als erwiesen betrachtet werden, aber für das Beweisthema selbst nicht mehr, als was durch das wirklich vorgelegte Original erwiesen worden seyn würde.

Zu §. 72.

Dieses Verfahren gegen den Dritten bildet stets einen besondern Prozeß, welcher, wenn er bei einem H. Hofgerichte geführt wird, nach §. 93. pos. 4 der Prozeßordnung summarisch in Gemäsheit der §§. 94 und 95 zu verhandeln ist.

Da die Edition von Urkunden auf Kosten desjenigen geschehen muß, der sie verlangt, so hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen stets den Editionskläger in die Kosten des Verfahrens verurtheilt, wenn der beklagte Dritte sich sofort zur Vorlage der Urkunde vor Gericht bereit erklärte, und der Kläger nicht ange-

führt, und im Leugnungsfalle erwiesen hatte, daß derselbe auf aussergerichtliches Ansuchen diese Vorlage vor Gerichte zu machen verweigert habe.

Zu §. 73.

Das Ermessen des Gerichts muß hier durch die Wichtigkeit der fraglichen Urkunde und die muthmaßliche Dauer des darüber anzustellenden Separatprozesses geleitet werden. Doch wird der Richter sich nicht leicht bestimmen lassen zu einem Endurtheile überzugehen, wenn der Editionskläger sich durch Beobachtung der Vorschriften des Paragraphen das Recht Restitution zu suchen gewahrt hat, und die Urkunde der gemachten Bezeichnung nach für Entscheidung der Sache von Relevanz ist. Mir ist wenigstens noch kein Beispiel vorgekommen, daß es geschehen wäre.

Zu §. 74.

Die Bestimmung dieses Paragraphen ist mitunter dahin misverstanden worden, daß die Klage auf Vorzeigung von Urkunden gegen einen Dritten bei dem **höhern** Gerichte in dem Falle anzubringen sey, wenn zur Zeit ihrer Anstellung der Hauptprozeß in Folge eingelegter Appellation dort anhängig sey. Indessen kann eines Theils dem Dritten das Recht der ersten Instanz nicht entzogen werden, und andern Theils würde es ein großer Misstand seyn, wenn der Editionsprozeß vor dem höhern Richter fort verhandelt würde, während vielleicht der Hauptprozeß längst mit einem bestätigenden, oder abändernden Beweisinterlocute zur ersten Instanz zurückgegangen wäre.

Aus diesen Gründen ist daher schon mehrmals erkannt worden, daß die Klage auf Edition gegen einen Dritten stets bei dem Richter erster Instanz angebracht werden müsse. Als Beispiel bezeichne ich das Erkenntniß des H. Hof- und Appellationsgerichts zu Wiesbaden in Sachen Pacius gegen Hyenlein vom 24. Januar 1832.

Zu §. 75.

Diesem Verlangen kann offenbar dann erst statt gegeben werden, wenn die Originalurkunden zum Zwecke des Verfahrens bei den Acten nicht mehr erforderlich sind. In appellabeln Sachen wird daher der Richter ohne besondere Gründe die Originalien nicht zurückgeben, ehe der Prozeß sein Ende erreicht hat, weil es dem höhern Richter auch dann, wann dieselben für ächt anerkannt worden sind, dennoch von Wichtigkeit seyn kann, nicht blos die beglaubigten Abschriften, sondern die Originale selbst zu sehen. Ist aber die Aechtheit einer Urkunde bestritten, so darf deren Zurückgabe nie vor rechtskräftiger Entscheidung des Prozesses erfolgen, da, wenn sie anders wirklich von Relevanz ist, bei Fällung des Urtheils ihre Einsicht meistens unentbehrlich seyn dürfte. — Das H. Oberappellationsgericht hat in einem Rescripte an das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen vom 17. September 1836 in Sachen Geyer gegen Geyer diesen Grundsatz besonders hervorgehoben.

Uebrigens wird der Richter nach Beendigung des Prozesses auch ohne speciellen Antrag des Producenten für Zurückgabe beigebrachter Originalurkunden besorgt seyn, wie dieses von den Herzoglich Nassauischen Obergerichten stets durch Reproduction der Acten von Amtswegen geschieht.

Zu § 76.

In Bezug auf die Frage, **wer** einen Eid zuschieben, und **worüber** er zugeschoben werden kann, gelten bei uns die gemeinrechtlichen Grundsätze. Durch die Verordnung vom 7. Dezember 1825 (Verordnungsblatt Nr. 15.) sind alle in einzelnen Landestheilen früher bestandenen Particularverordnungen, welche den Gebrauch dieses Beweismittels beschränkten, ausdrücklich aufgehoben worden.

Da der Paragraph die Eideszuschiebung nur als ein Beweismittel des Grundes von Klagen und Einwendungen bezeichnet, so folgt, daß derselbe im allgemeinen zu Führung **directen** Gegenbeweises nicht gebraucht werden kann, wie dieses auch gemeinrechtlich nach den Grundsätzen des

Cap. 2. X de Probationibus (2. 19.)

der Fall ist, indem niemand über das directe Gegentheil desjenigen, was er bewiesen hat, zu schwören braucht. Doch kann es, wie Gensler im Archive ꝛc. Band 4 Abhandlung 23 gezeigt hat, Fälle geben, wo auch zu Führung des directen Gegenbeweises Eideszuschiebung statthaft ist, wenn nämlich der Gegenbeweisführer das Nichtwahrseyn der gegnerischen positiven Behauptung **folgeweise** darzuthun versucht, indem, wenn die von ihm behauptete Thatsache wahr ist, die Thatsache, welche der Gegner beweisen will, als unmöglich wegfallen muß.

In Gemäßheit des Grundsatzes, daß ein Eid nur über **Thatsachen**, nicht aber über **Urtheile** zugeschoben werden könne, hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Wiesbaden durch Erkenntniß vom 25. Juni 1831 in Sachen der Ehefrau Hartmannshenn gegen ihren Ehemann wegen Ehescheidung die Eideszuschiebung über angebliche Impotenz für unstatthaft erklärt, und

das H. Oberappellationsgericht hat am 25. September 1831 diese Entscheidung bestätigt.

Zu §. 77.

Die hier vorgeschriebenen Rechtsnachtheile der versäumten Erklärung sind dem oben zu §. 5. angeführten Grundsatze gemäß, in dem Mittheilungsdecrete stets ausdrücklich anzudrohen.

Zu §. 79.

Diesem Falle ist wohl derjenige ganz gleich zu achten, wenn der Delat die Relation des Eides unter Umständen versucht hat, wo die Gesetze eine solche für nicht statthaft erklären. Z. B. l. 11. §. 1. 2. 3. l. 12. 13. D. de act. rerum amotarum (25. 2.) Hiernach hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen in Sachen des E. Werner und Consorten zu Weyer gegen die Erben des Konrad Michel zu Lierschied erkannt.

Will dagegen der Relat einen unter solchen Umständen, wo er über Wahrheit nicht schwören kann, referirten Eid über seinen Glauben schwören, so steht nach §. 82. der Prozeßordnung nichts entgegen. Dieser Satz wurde von dem H. Oberappellationsgerichte in dem Erkenntnisse vom 14. September 1836 in Sachen Geyer gegen Geyer ausgesprochen.

Zu §. 80.

Die Aufhebung des gemeinrechtlichen Instituts der Gewissensvertretung mit ihren verschiedenen Verwicklungen (vergl. die Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Band 3. Abh. 1., wo Linde auch unseres Gesetzes erwähnt) hat sich in der bisherigen Erfahrung für die Be-

schleunigung des Verfahrens, welches insbesondere, wenn man auch noch Gegenbeweis gegen die Gewissensvertretung gestatten will, dadurch ausserordentlich verzögert wird, als durchaus zweckmäßig bewährt; Nachtheile irgend einer Art als Folgen der Bestimmungen dieses Paragraphen sind nie bemerklich geworden.

Zu §. 82.

Fälle einer absoluten Unmöglichkeit Wissenschaft von der fremden Handlung zu haben, werden nicht leicht vorkommen, da es immer möglich ist, daß man diese Kenntniß durch mündliche Mittheilung glaubwürdiger Personen, oder aus genommener Einsicht von Urkunden erhalten habe. Inwiefern die erhaltene Nachricht hinreicht, um die Ueberzeugung zu begründen, daß eine fremde Handlung wahr sey, ist denn freilich Gewissenssache desjenigen, der zu schwören hat. Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen normirt in solchen Fällen die Eidesformel dahin, daß der Schwörende nach sorgfältiger Erforschung der vorliegenden Sachverhältnisse nicht die gegründete Ueberzeugung erhalten habe, daß ꝛc.

Ueber den Schiedseid bei moralischen Personen ist vorzüglich Linde's Abhandlung N. 1. im zehnten Bande das Archivs für civilistische Praxis zu vergleichen. Sind in dem Urtheile, welches einer moralischen Person den Eid aufträgt, mehrere physische Personen bezeichnet, welche den Eid für sie ausschwören sollen, so müssen sie nach meiner Ueberzeugung denselben sämmtlich ablegen, wenn die Gemeinde obsiegen soll; denn, da sie in der gewählten Zusammensetzung die Gemeinde vertreten, so muß der Eid als verweigert betrachtet werden, wenn auch nur einer von ihnen denselben

nicht ablegt. — Anders ist es bei Litisconsorten, wenn eine untheilbare Sache Gegenstand des Prozesses ist. Hier hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen mit Bezug auf l. 28 pr. D. de jure jurando (12. 2.) und die Ausführung von Martin in seinem Magazine Heft 2. S. 242 in Sachen Molitor und Cons. gegen Freiherrn von Breidbach-Bürresheim erkannt, daß es hinreiche, wenn einer schwört.

Die Frage, ob ein Eid über Glauben statthaft sey, oder nicht, ist eine alte Controverse. Die Litteratur darüber findet sich vollständig bei Reinhard Handbuch rc. §. 238. — In neuster Zeit ist das suppletorium de credulitate wieder in Schutz genommen worden von Linde Lehrbuch rc. §. 319. Erwägt man indessen, daß dieser Eid einen über die Wahrheit von Thatsachen auferlegten, aber nicht vollständig geführten Beweis ergänzen soll, so muß man wohl diese Meinung für ungegründet halten, indem der blose Glauben des Beweisführers die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit seiner Behauptungen noch weniger erhöhen kann, als es die Aussage eines Zeugen gethan haben würde, welcher ohne Angabe von Gründen blos eidlich erklärt hätte, er glaube, daß die Angabe des Beweisführers wahr sey. Die Gesetze

l. 42. D. de regulis juris (50. 17.)

sagen ausdrücklich, certus debet esse, qui agit.

In unserer Prozeßordnung erscheint diese Frage durch die Vorschrift entschieden, daß die Zuschiebung des Glaubenseides nur als ein Vergleichsvorschlag zu betrachten ist, worauf der Gegner sich nicht einzulassen braucht. Es folgt daraus, daß er als Erfüllungseid vom Richter nicht auferlegt werden kann. Demohngeachtet ist schon mehrmals mit Bezug auf den Eingang

und den Schluß des vorliegenden Paragraphen bei fremden Handlungen, wo der Beweisführer über Wahrheit nicht wohl schwören konnte, auf den Erfüllungseid dahin erkannt worden, daß der Beweisführer etwas wisse. Soll unter diesem Ausdruck etwas von der Wahrheit, welche freilich hier, wo es sich um die Ueberzeugung des Schwörenden über durch die Sinne Vernommenes handelt, nur subjectiv ist, verschiedenes verstanden werden, so halte ich diese Formel nach dem oben Gesagten für unrichtig; ist dieses aber nicht der Fall, so ist es wenigstens nicht gut, einen Ausdruck zu wählen der zu Misverständnissen von Seiten des Schwörenden führen kann. Daß es weder ein Suppletorium de credulitate, noch de ignorantia gibt, hat übrigens das H. Hof- und Apellationsgericht zu Usingen in sehr vielen Fällen ausgesprochen; auch das H. Oberappellationsgericht hat in den Erkenntnissen in Sachen Rebstock gegen Ehefrau Winter vom 14. Januar 1835 und in Sachen der Ehefrau Hermann gegen ihren Ehemann vom 29. Juli 1836 nach diesem Grundsatze entschieden.

Können bei einer unvollständigen Beweisführung beide Theile über Wahrheit schwören, so muß bei Beurtheilung der Frage, ob auf den Ergänzungseid, oder den deferirten Eid zu erkennen sey, das auf die Stärke der beigebrachten Beweismittel sowohl, als auf die Glaubwürdigkeit und bessere Sachkenntniß des einen und andern Theils gegründete richterliche Ermessen als eine Art Geschwornengericht eintreten.

Als einen Leitfaden wird der Richter zwar hierbei allerdings den Umstand betrachten, daß um zum Erfüllungseide zu gelangen, seine Ueberzeugung von der Wahrheit des Beweisthemas in Folge der gebrauchten Beweis-

mittel wenigstens so stark seyn muß, als dieselbe seyn würde, wenn ein klassischer Zeuge dessen Wahrheit vollständig aus eigner Wissenschaft bestätigt und der Gegner nicht durch Gegenbeweismittel diese Ueberzeugung geschwächt hätte. Dagegen kann die offenbar nur auf den directen Zeugenbeweis anwendbare Theorie von dem ganzen und halben Beweise, wovon bei dem Beweisverfahren durch Urkunden, und überhaupt bei indirecten Beweisführungen ohnehin nicht die Rede seyn kann, keine allgemein entscheidende Norm abgeben. Ich habe Vorträge angehört, wo der Referent auf eine höchst sonderbare Weise bemüht war, die Relevanz der von beiden Theilen vorgebrachten Beweismittel im Zahlenverhältnisse darzustellen, und nun im Wege eines Additions- und Subtraktions-Exempels zu finden, ob halb, oder nicht halb bewiesen sey. Die Erscheinung, daß die den Gesetzen

l. 31 D. de Jure juraudo etc. (12. 2)

l. 3 und 12. §. 1. Cod. de rebus cred. etc. (4. 1.)

durchaus unbekannte Lehre vom halben, oder mehr und weniger als halben Beweise sich so lange in der Praxis erhalten konnte, während schon vor dreißig Jahren Grolman in seiner Theorie des Civilprozesses §. 83 ihren Ungrund dargethan hatte, ist nur dadurch erklärbar, daß dieselbe noch bis auf den heutigen Tag in den Lehrbüchern über Prozeß obgleich mit Verwahrung gegen ihre Richtigkeit vorgetragen wird.

Die Masse von Regeln darüber, was der Richter zu thun habe, wenn ein Theil so viel, der andere so viel bewiesen habe, welche nach dem Vorgange vieler andern Prozeßlehrer mit großer Ausführlichkeit von Reinhardt in seinem Handbuche §. 387 bis 407 aufgestellt werden, kann ich nur als eine aus dem bezeichneten irri-

gen Principe hervorgehende Verwirrung der Begriffe betrachten. Wie kann man z. B. die Frage aufstellen, was geschehen müsse, wenn der Beweis und der directe Gegenbeweis vollständig, oder beide unvollständig, oder einer von beiden vollständig, der andere unvollständig geführt seyen? Es handelt sich ja nicht um zwei verschiedene Dinge, sondern um das Sein oder Nichtsein eines Dings; daher vermindern die vorgebrachten Gegenbeweismittel die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit des Beweissatzes, welche die gebrauchten Beweismittel hätten begründen können. Der Richter muß nun erwägen, ob die Beweismittel so stark sind, daß der vorgebrachten Gegenbeweismittel unerachtet er nach juristischen Principien von der Wahrheit des Beweissatzes dennoch überzeugt ist; oder ob wenigstens so vieles übrig bleibt, daß er auf den Erfüllungseid erkennen kann; oder ob der geführte Beweis durch den Gegenbeweis so weit aufgehoben wird, daß nur noch der deferirte Haupteid eintreten kann; oder aber endlich, ob die Unwahrheit des Beweissatzes in Vergleichung der vom Beweisführer und Gegenbeweisführer vorgebrachten Beweismittel so klar vorliegt, daß der Gegenbeweisführer nicht einmal den deferirten Eid auszuschwören braucht.

Anders ist es allerdings, wenn über verschiedene Facten, über Klagen, Einreden, Repliken ꝛc. Beweisverhandlungen statt gefunden haben. Hier müssen offenbar die Beweismittel über den Klagegrund getrennt von jenen über den Grund jeder Einrede, und diese getrennt von jenen der Repliken ꝛc. nach den aufgestellten Grundsätzen geprüft werden, und es können, wenn die Beweise unvollständig sind, in der Sentenz mehrere Eide successiv vorkommen. Klar ist es, daß der Richter

bei dieser Prüfung mit dem Beweise des Klagegrundes beginnen, dann auf die Einreden, dann auf die Repliken ꝛc. übergehen muß. Zeigt es sich hier, daß der Klagegrund durch den directen Gegenbeweis als unwahr dargestellt ist, so bedarf es keiner Prüfung des Beweises der Einreden u. s. w. Anders wäre es, wenn die Einrede auch als Reconvention gebraucht wäre, wo dann der mit dem Klageanspruche abzuweisende Kläger wegen gelieferten Beweises der Wiederklage zu einer Leistung an den Wiederkläger verurtheilt werden könnte.

Zweifelhaft erscheint mir nur die Frage, ob der Beklagte, wenn er den Beweis der Einrede vollständig geführt hat, der Beweis des Klagegrundes aber unvollständig ist, verlangen könne, daß vorerst durch Eidesablage constatirt werde, ob überhaupt eine begründete Klage vorliege, und dann erst wegen erwiesener Einrede die Abweisung derselben erfolge? Selbstredend kann diese Frage nur bei Compensationseinreden vorkommen, denn wenn eine Forderung bezahlt ist, so ist es gerade so gut als ob sie nie vorhanden gewesen wäre. — Bei eventuell vorgebrachten Compensationseinreden halte ich aber mit Grolman Theorie ꝛc. §. 205 allerdings den Beklagten hierzu berechtigt; indem er, wenn die Klage als unerwiesen verworfen wird, den eventuellen Compensationsanspruch im Wege einer eigenen Klage stets noch geltend machen kann, was nicht der Fall seyn würde, wenn der Klageanspruch als durch Compensation erloschen abgewiesen worden wäre.

Zu §. 83.

Eine zweifelhafte Frage ist die, auf welche Art das nach eingetretener Rechtskraft der Sentenz erlassene

purificirende Decret angefochten werden kann? Es kann, besonders wenn mehrere Eide über verschiedene Klagposten, Einreden und Repliken, oder von Litisconsorten mit theilbarem Interesse, oder über Quantitäten, Affectionen ꝛc. abzulegen sind, vorkommen, daß bei Abfassung des purificirenden Decrets Irrthümer unterlaufen; sind solche Decrete nun nichtig, oder können sie nur im Wege der Appellation angegriffen werden?

Nach der frühern Praxis in Deutschland, wo der Richter die Eidesformel nur festsetzte, und erst nach ausgeschwornem, oder verweigertem Eide zur Sentenz überging, konnte dieselbe wegen mangelnder Uebereinstimmung mit der Eidesformel, und den Verhandlungen über die Eidesablage sicher nur im Wege der Appellation angegriffen werden; denn sie war offenbar nur eine sententia injusta, nicht nulla im Sinne des jüngsten Reichsabschieds. Verschieden ist aber die Sache bei uns, nachdem unsere Prozeßordnung das System des römischen Rechts (l. 11. Cod. de sent. (7. 45.) wieder hergestellt und verfügt hat, daß in dem Erkenntnisse auf den Haupteid stets das endliche Erkenntniß für den Fall des ausgeschwornen Eides eventuell ausgesprochen werden müsse. Hier erscheint das nach den Verhandlungen über die Eidesablage ergehende Decret lediglich als eine Erläuterung der vorausgegangenen rechtskräftigen Sentenz in Gemäßheit der spätern Verhandlungen. Consequenter Weise müßte man daher annehmen, daß ein unrichtige Folgen aussprechendes Decret nichtig sey. Indessen erscheint diese Ansicht bedenklich. Auch das spätere Decret enthält eine richterliche Beurtheilung der nach der Sentenz erfolgten Verhandlungen, welche stets noch eine verschiedenartige Möglichkeit der endlichen Festsetzung

der streitigen Rechtsverhältnisse zulassen. Diese endliche Festsetzung darf nicht ungewiß bleiben, was der Fall seyn würde, wenn das sie aussprechende Decret nicht unabhängig von frühern Decreturen der Rechtskraft fähig wäre.

Wirklich findet auch nach dem Texte des Gesetzes eine Appellation nur dann nicht statt, wenn das Decret die angekündigten Folgen des Eides für wirklich erklärt; daraus folgt, daß dasselbe eine Appellation als statthaft betrachtet, wenn andere Folgen ausgesprochen sind. Da es nun weiter klar ist, daß erst eine Prüfung der Materialien es ergeben kann, ob die in diesem Decrete enthaltenen Aussprüche der Sentenz und den darauf gefolgten Verhandlungen gemäß sind, die Beurtheilung der formellen Statthaftigkeit eines Rechtsmittels aber nicht von einer vorausgehenden Prüfung der Materialien abhängig seyn kann, so glaube ich, daß nach unserm Gesetze gegen jedes auf die Verhandlungen über Eidesablage erlassene purificirende Decret in appellabeln Fällen Appellation ergriffen werden kann, und ergriffen werden muß, wenn es nicht rechtskräftig werden soll. Findet nun der höhere Richter das Decret der seiner Prüfung nicht mehr unterliegenden Sentenz in Gemäsheit der abgeschwornen oder verweigerten Eide entsprechend, so schlägt er die Appellation ab, wo nicht, so spricht er die richtigen Eidesfolgen aus. Fehlt es an der Appellationssumme, so ist gegen das purificirende Decret Appellation so wenig statthaft, wie gegen die vorausgegangene Sentenz. Die Anwälte haben auch in allen mir bekannten Fällen stets diesen Weg gewählt. Bei dem H. Hof- und Appellationsgerichte zu Usingen waren aber über die Fassung des zu erlassenden Decrets öfters sehr verschiedene Ansichten.

Uebrigens sollten diese Betrachtungen die höhern Gerichte wohl dazu bestimmen, daß sie in der Regel nach Fällung eines reformatorischen Erkenntnisses auf den Haupteid denselben selbst abnehmen, oder durch Requisition abnehmen lassen, und demnächst das purificirende Decret selbst ertheilen. Nur dann dürfte es in nicht verwickelten Fällen zweckmäßig seyn, dem Unterrichter die Eidesabnahme und Ertheilung des purificirenden Decrets zu überlassen, wenn bei einem reformatorischen Erkenntnisse ohne vorausgegangene wechselseitige Verhandlung vor dem Oberrichter der zum Eide zugelassene Appellat dort erst um der Eidesablage willen einen Procurator mit nicht unbedeutenden Kosten bestellen müßte, und dabei noch immer Gefahr laufen würde, die in §. 84. der Prozeßordnung bestimmte Frist zu versäumen.

So zweckmäßig es übrigens mitunter zur Uebersicht namentlich in Fällen seyn kann, wo der Oberrichter eine Sache zur weitern Verhandlung an den Unterrichter zurückverweißt, wenn in der Sentenz nicht blos, was das Gesetz *allein* verlangt, die Folgen des *abgeschwornen*, sondern auch, was dasselbe *nicht* verlangt, die des *verweigerten* Eides angekündigt sind, so sollte dieses doch da nicht geschehen, wo die Auflage *mehrerer gleichzeitig*, oder *successive* abzulegender Eide sehr *verschiedenen* Möglichkeiten eines ganz verschiedenen Ausgangs Raum giebt. — Der Richter, welcher *alle* diese Möglichkeiten voraussehen will, wird nicht nur sich der Gefahr aussetzen bei Bestimmung einer oder der andern, die vielleicht gerade *wirklich* wird, zu irren, sondern auch häufig Appellationen veranlassen, welche demnächst sich als ganz vergeblich darstellen, *wenn* der Fall nicht eintritt, dessen *mögliches* Eintreten Gegenstand der

Berufung war. Es sind mir dergleichen Fälle mehrere vorgekommen.

Zu §. 84.

Die in Bezug auf das Verfahren vor den Obergerichten ganz zweckmäßige Vorschrift dieses Paragraphen hat in den Prozessen vor den Herzoglichen Aemtern, welche häufig von mit den Prozeßvorschriften unbekannten Personen betrieben werden, zu öftern Verirrungen geführt. Die H. Hof- und Appellationsgerichte haben daher den H. Aemtern die Weisung ertheilt, in den Erkenntnissen auf den Haupteid stets einen bestimmten Tag und Stunde zu dessen Ablage unter Androhung des in §. 86. der Prozeßordnung festgesetzten Rechtsnachtheils anzuberaumen. Bei Bestimmung dieses Termins ist in appellabelen Sachen stets zu berücksichtigen, daß das Decendium zur Appellation vor dessen Eintritt abgelaufen seyn muß. Die Ausfertigung und Insinuation solcher Erkenntnisse ist daher stets besonders zu befördern.

Zu § 86.

Das den Rechtsnachtheil der Eidesverweigerung für den Fall, daß der Eid in dem anberaumten Termine nicht ausgeschworen werden sollte, androhende Decret wird nach dem allgemein eingeführten zweckmäßigen Gerichtsgebrauche nicht blos dem Anwalte, sondern zur Beseitigung von Restitutionsgesuchen auch der Parthei, welche schwören soll, persönlich insinuirt.

Ueber das Verfahren bei der Eidesabnahme auf eine der Feierlichkeit und Wichtigkeit dieser Handlung entsprechende Weise, hat das H. Hof- und Appellations-

gericht zu Usingen den H. Aemtern durch ein General-Rescript vom 14. Januar 1835 zweckmäßige Vorschriften ertheilt. Ich zähle hierin insbesondere, daß der Eid stets nur von dem Richter selbst, nicht aber von dem das Protocoll führenden Accessisten abgenommen werden darf, und zwar nach einer vorausgeschickten nicht blos in allgemeinen religiösen und moralischen Betrachtungen bestehenden, sondern in die Natur der vorliegenden Sachverhältnisse eingehenden, das Eidesthema genau erläuternden Verwarnung vor Meineid, wodurch die so häufig vorkommenden Mentalreservationen, wodurch sich Schwörende mit ihrem Gewissen abfinden, unmöglich gemacht werden.

Ich habe mehrmals die Erfahrung gemacht, daß Partheien, welche sogar mit Attestationen ihres Pfarrers über gehörige Belehrung von der Wichtigkeit des Eides zu dessen Ablage vor Gerichte erschienen waren, nicht schwuren, nachdem der Richter ihnen genau erläutert hatte, was sie beschwören sollten, und daß selbst in dieser Lage des Prozesses noch ein den Interessen beider Theile angemessener Vergleich vermittelt wurde.

Zu §. 89.

Abweichend von der gewöhnlichen gemeinrechtlichen Ansicht nimmt unser Gesetz nur dann den Eid als geleistet an, wenn derjenige, der schwören soll, nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils stirbt. Der Natur der Sache nach kann dieser Fall nur bei einer unverschuldeten Verzögerung vorkommen, da bei einer verschuldeten Verzögerung der Eidesablage von Seiten des Schwurpflichtigen nach den Vorschriften der §. 84. und 86. der Prozeßordnung der Rechtsnachtheil der

Eidesverweigerung gegen ihn eingetreten seyn würde. Dieser Punct ist also klar.

Für den Fall, daß die schwurpflichtige Parthei vor Eintritt der Rechtskraft des Urtheils stirbt, verordnet das Gesetz, daß die Erben des Verstorbenen sowohl, als dessen Gegner sich von neuem über den Eid erklären können. Durch diese allgemeine Bestimmung ist indessen die Sache offenbar nicht erschöpft; bei den einzuleitenden Verhandlungen müssen vielmehr der Natur der Sache nach unter den verschiedenen Gattungen der Eide bedeutende Unterschiede eintreten. War nämlich der auferlegte Eid ein Erfüllungseid, so kommt es darauf an, ob die Erben über Wahrheit schwören können und wollen, oder nicht. Können sie es nicht, so glaube ich, daß sie befugt sind, zu verlangen, daß dem Gegner der Eid auferlegt werde, wenn ihr Erblasser ihn innerhalb der Beweisfrist eventuell deferirt hatte. War der Eid, welcher geschworen werden sollte, ein deferirter, so muß wohl unterschieden werden, ob derselbe neben dem Gebrauche der dem Beweisführer zu Gebot stehenden Beweismittel blos eventuell zugeschoben war, oder ob derselbe auf die Gewissenhaftigkeit seines Gegners sich verlassend von andern Beweismitteln keinen Gebrauch gemacht hatte. In dem letzteren Falle glaube ich mit Grolman Theorie ꝛc. ꝛc. §. 95., daß der Beweisführer wohl Restitution gegen Ablauf der Beweisfrist verlangen kann, wozu ich dagegen im erstern keinen Grund finde, sondern die Erben des Delaten nach §. 82. der Prozeßordnung zur Ablage des Eides über Nichtwissen zulassen würde. War aber der Eid ein referirter, so muß es dem Referenten frei stehen, sich zu erklären, ob er nun den deferirten Eid selbst ausschwören, oder aber ihn den

Erben seines Gegners, soweit sie denselben ausschwören können, zurückschieben will, welchen es denn, wenn er den letzteren Weg wählt, überlassen bleibt gegen die Relation diejenigen Einwendungen vorzubringen, welche die Gesetze dem Relaten gestatten. War endlich der abzulegende Eid ein Schätzungseid, so muß derselbe, mag er nun ein inopia probationis auferlegtes juramentum in litem veritatis, oder in Fällen, wie dieses statthaft ist, affectionis seyn, von den Erben gerade so geleistet werden, wie er dem Erblasser auferlegt war. Können sie dieses nicht, so ist der Prozeß wegen mangelnden Beweises für sie soweit verloren.

Ich bemerke noch, daß dasjenige was für den Fall verordnet ist, wenn der Schwurpflichtige vor eingetretener Rechtskraft des vor seinem Tode ergangenen Urtheils stirbt, ohne Zweifel auch von dem Falle gelten muß, wenn eine Parthei nach erkanntem Actenschlusse verstorben ist und der von dem Todesfalle nicht in Kenntniß gesetzte Richter demnächst auf den Eid derselben erkannt hat. Entscheidungen unserer Gerichte über diese Fragen sind mir nicht bekannt.

Zu §. 90.

Die Anwendungsart der Bestimmungen dieses Paragraphen ist in den wenigen Fällen, wo sie zur Sprache kam, nicht ohne Anstände geblieben.

Wenn auch der Kläger in Bezug auf den ganzen Klagegrund in der Klagschrift den Eid deferirt, und der Richter unter Ankündigung der übrigen gesetzlichen Rechtsnachtheile nach §. 7, über den Eid Erklärung nach §. 77. der Prozeßordnung verlangt hat, so muß doch wohl die Sache sofort in den gewöhnlichen Gang des Prozesses

zurückkehren, wenn der Beklagte entweder begründete Einreden vorschützt, oder aber auch ohne nähere Bezeichnung der Beweismittel blos die Erklärung abgibt, daß er Gegenbeweis künftig führen wolle; denn nun könnte der Richter die Ueberzeugung nicht mehr haben, daß der über den Klagegrund deferirte Eid den ganzen Prozeß entscheide.

Zu §. 91.

Die Bestimmung in der ersten Position dieses Paragraphen ist ein nothwendiger Ausfluß der in den §§. 27. und 127 der Prozeßordnung enthaltenen allgemeinen Vorschriften.

Die Vorschrift in der zweiten Position hängt mit den Bestimmungen des vorigen Paragraphen zusammen, denn dieser Fall ist der einzige, wo eine Eidesdelation ohne Beweisfrist vorkommt, indem die Beweisantretungen, welche das Prozeßgesetz in §. 94. aufgibt, in ihren Wirkungen ganz denjenigen gleich sind, welche innerhalb einer vom Richter durch ein Interlocut bestimmten Frist erfolgen müssen.

Zu §. 92.

Positionen sind durch die Bestimmungen der §§. 7. und 19. der Prozeßordnung ganz überflüssig geworden. Hinsichtlich des Eides für Gefährde beziehe ich mich auf das zu §. 16. Gesagte.

An die Stelle des Reinigungseides ist bei uns die eventuelle Delation des Haupteides getreten, welche, wie die tägliche Erfahrung zeigt, beinahe in allen Beweisantretungen vorkommt.

Zu §. 93.

Es ist von jeher anerkannt worden, daß gewisse Fälle ein rascheres Verfahren erfordern, als dieses nach

den Grundsätzen des ordentlichen Prozesses, dessen Formen Montesquieu mit Recht die Barrieren der bürgerlichen Freiheit nennt, möglich ist. Bestimmungen hierüber finden sich daher in allen Legislationen.

Im römischen Prozesse insbesondere gehören vorzüglich die Interdicte d. h. die von dem gewöhnlichen ordo judiciorum privatorum abweichenden cognitiones extraordinariae hierher, obschon aus vielen Gesetzesstellen es gewiß ist, daß das römische „Summatim discutere, cognoscere" nicht auf Interdicte beschränkt ist, und man überhaupt nicht annehmen kann, daß die Interdicte gerade die Wurzel dieses Verfahrens sind. Die Stellung des Interdicts zur Actio ist bekanntlich ein vielfach besprochener Gegenstand, welcher hier nicht erörtert werden kann.

In den Lehrbüchern über den gemeinen deutschen Prozeß wird nun das summarische Verfahren in den bestimmten und den unbestimmten summarischen Prozeß abgetheilt, je nachdem dasselbe sich von dem ordentlichen Prozeß blos durch Nichtanwendung außerwesentlicher Förmlichkeiten unterscheidet, oder aber nach von dem ordentlichen Prozesse verschiedenen Regeln behandelt wird.

Als solche bestimmte summarische Verfahren kommen vorzüglich der Mandatsprozeß, der Executivprozeß, der Arrestprozeß und der Wechselprozeß vor.

Wie sich der die Grundlage unsers amtlichen Verfahrens bildende Mandatsprozeß bei den H. Aemtern gestaltet hat, habe ich bei den einzelnen Prozeßlehren vorgetragen. Bei den Obergerichten ist diese Verfahrungsform nicht gebräuchlich.

Daß der Executivprozeß nach der allgemeinen Praxis der H. Nass. Gerichte nie zur Anwendung gebracht wird, habe ich bereits oben zu §. 10. bemerkt. Dasselbe gilt denn auch von dem eine Art des Executivprozesses bildenden Wechselprozesse, obschon es keinem Zweifel unterliegt, daß ein Wechsel im Herzogthume Nassau als Grund der Verbindlichkeit (causa debendi) betrachtet wird, und überhaupt die dadurch entstandenen Rechtsverhältnisse nach gemeinem deutschen Wechselrechte beurtheilt werden.

Bei dem Arrestprozesse kommen bei uns ganz die gemeinrechtlichen Grundsätze zur Anwendung. Ich habe hierüber nur zu bemerken, daß von den H. Nassauischen Gerichten bei Arresten durchaus mit der größten Vorsicht und Schonung verfahren wird, und namentlich Personalarreste in Civilsachen zu den größten Seltenheiten gehören.

Der vorliegende Paragraph unsers Gesetzes hat diejenigen Fälle vor Augen, bei welchen nach gemeinrechtlichen Principien der unbestimmte summarische Prozeß eintritt. Daß es zweckmäßig war diesen Unbestimmtheiten eine feste Bestimmung zu geben, — darüber bedarf es wohl keiner weiteren Erörterung.

Bei der dritten Position des Paragraphen wäre wohl eine größere Bestimmtheit zu wünschen gewesen. Wenn man nicht den Begriff von Bausachen ganz auf die Fälle der novi operis nunciatio beschränken will, so kann man doch gewiß nur solche Prozesse dahin zählen, welche die Verhältnisse zwischen dem Bauherrn und den zugezogenen Handwerkern während des Baues betreffen, nicht aber solche, welche nach Beendigung des Bauwesens unter ihnen statt finden.

Bei der Allgemeinheit des Ausdrucks, Miethen von Gebäuden, kann man diese Vorschrift nicht auf die Fälle des interdictum de migrando beschränken, sondern es gehören ohne Zweifel auch die Prozesse darüber, ob jemand eine Wohnung gemiethet hat, oder nicht, hierher; während Streitigkeiten über Zahlung des Miethgeldes im ordentlichen Prozesse zu verhandeln sind.

Die Vorschrift in pos. 4. bezieht sich nur auf solche Anträge, welche eine eigene Verhandlung von einigem Umfang veranlassen z. B. die actio ad exhibendum, Urkundeneditionsanträge gegen nicht im Prozesse begriffene Inländer rc. rc.; dagegen werden Urkundeneditionsgesuche gegen den Gegner im Prozesse, Streitverkündigungen rc. rc. zweckmäßig von den Hauptacten nicht getrennt werden, und das Verfahren dabei regulirt sich nach den oben erörterten Principien.

Nach der feststehenden Praxis aller Obergerichte werden alle Forderungen an die Concursmasse ohne irgend eine Ausnahme von Vindicanten, oder sonst privilegirten Gläubigern als unter der Vorschrift in pos. 5. begriffen angesehen, und die Edictalladungen demgemäß eingerichtet.

Der erläuternden Bestimmung in pos. III. am Ende der Verordnung vom 13. Dezember 1825 zufolge, tritt das in den folgenden Paragraphen bezeichnete summarische Verfahren bei den H. Aemtern nur dann ein, wenn beide Theile vor Anfang des Prozesses die hofgerichtliche Erlaubniß zum schriftlichen Verfahren nachgesucht und erhalten haben, auch der Kläger dieses in dem Klaglibelle angeführt, und um Einleitung der Sache nach §. 94. der Prozeßordnung gebeten hat.

Da diese Bedingungen nicht leicht vorhanden sind, so ist dasselbe bei den H. Aemtern sehr selten geworden, was mir auch recht gut zu seyn scheint, da der bei den Aemtern in der Regel eintretende bedingte Mandatsprozeß mit demnächstiger protocollarischer Verhandlung dem Verfahren vor dem Einzelnrichter gemäßer ist, als das hier vorgezeichnete summarische Verfahren.

Zu §. 94 und 95.

Zu pos. 1. Daß diese auch in einigen andern neuern Gesetzgebungen über Prozeß z. B. jener des Großherzogthums Baden aufgenommenen Bestimmungen sich bei uns nicht als zweckmäßig bewährt haben, darüber ist man wohl bei den H. Nass. Obergerichten einverstanden.

Es ist wirklich eine auffallende Erscheinung, wie der scharfsinnige Gönner bei dem Entwurfe eines Prozeßgesetzes für das Königreich Baiern diese Verfahrungsart so sehr anrühmen konnte, nachdem er in seinem Handbuche bei Gelegenheit der Erörterung des anticipirten Beweises die großen Nachtheile der Vermischung des ersten Verfahrens mit dem Beweisverfahren so treffend geschildert hatte. — Neben diesem Bedenken tritt gegen die Vorschrift der Nothwendigkeit des sofortigen Beweisantrittes mit der Klage noch das weitere ein, daß dieselbe für den Kläger sehr gefährlich werden kann, da der Beklagte, welcher gleich mit der Klageschrift die Uebersicht erhält, was der Kläger beweisen kann, und was nicht, nun Dinge verabreden kann, worüber der Kläger, da er ein solches Ableugnen nicht erwartete, keinen, oder doch nur ungenügenden Beweis angetreten hat. Dieser Nachtheil kann insbesondere bei solchen Behauptungen des Beklagten, welche keine Einreden, sondern eine

theilweise Ableugnung des Klagegrundes enthalten, z. B. der exceptio non adimpleti, oder non rite adimpleti contractus, non numeratae pecuniae, legis anastasianae ꝛc. ꝛc. eintreten. Der Kläger ist, wie die bisherige Erfahrung gelehrt hat, genöthigt, wenn er nicht durch ein solches unerwartetes Ableugnen den Verlust des ganzen Prozesses wagen will, stets eventuell über alle zum Klagegrunde gehörigen Puncte den Eid zu deferiren, und so geschieht es denn, daß eine große Zahl solcher summarisch behandelter Sachen durch den Eid entschieden wird, während der Kläger bei einer andern Verfahrungsart vielleicht andere Beweismittel gehabt hätte, welche er nun als präcludirt nicht gebrauchen kann. — Dieselben Nachtheile können eben so den Beklagten in Bezug auf seine Einreden treffen.

Aber auch der beabsichtigte Zweck, die Entscheidung der Sache zu beschleunigen, wird nach bisheriger Erfahrung durch diese Vorschrift nicht erreicht. Abgesehen davon, daß der Kläger oft genöthigt ist, vor Anstellung der Klage eine Masse von Beweismitteln herbeizuschaffen, welche sich im Verfahren sofort als überflüssig zeigen, wenn der Beklagte die damit zu beweisenden Thatsachen zugibt, ist es auch in der Regel erforderlich alle diese summarisch behandelten Sachen vor dem Uebergange in das Productionsverfahren gerade so zum Vortrage im Collegium auszustellen, wie es zum Zwecke der Fällung eines Beweisinterlocuts geschieht, indem es dem Instruenten nicht allein überlassen seyn kann zu beurtheilen, welche Beweismittel relevant, oder irrelevant, oder etwa durch ausdrückliches oder stillschweigendes Eingeständniß des Gegners überflüssig geworden sind. Meiner Ueberzeugung nach wäre bei einer künftigen Revision der Ge-

setzgebung die Aufhebung dieser ganzen Vorschrift über die Nothwendigkeit des sofortigen Beweisantritts des Grundes der Klagen, Einreden ꝛc. ꝛc. zu wünschen. Ich kenne nur eine Gattung von Rechtssachen, welche ich ohne Beweisinterlocut behandelt zu sehen wünsche, und dieses sind Ehescheidungsklagen. Bekanntlich sind Mishandlungen der Grund der großen Mehrzahl solcher Klagen. Wer aber das Leben einigermaßen kennt, wird schon häufig erfahren haben, daß jemand fortgesetzt auf die schrecklichste Weise mishandelt, wahrhaft zu Tode gekränkt werden kann, ohne daß gerade eine einzelne bestimmte That, welche an und für sich allein hinlänglichen Grund zur Ehetrennung wäre, vorgekommen ist. Bei einem solchen Verhältnisse für das ganze Leben kann auch nur das ganze wechselseitige Verhalten entscheidend seyn. Uebrigens beziehe ich mich hier auf das oben zu §. 7. Gesagte.

Auch in Baiern hat man sich, wie die Entwürfe einer neuen Prozeßordnung von 1825 und 1827 zeigen, überzeugt, daß ein Beweisverfahren ohne vorheriges Beweisinterlocut unzweckmäßig ist.

Daß die übrigen Vorschriften dieser Paragraphen zur Beschleunigung der Entscheidung zweckmäßig sind, ist klar.

Was übrigens das Verfahren des Richters in Gemäßheit der Vorschriften dieser Paragraphen betrifft, so hat er die Klagschrift unter den Rechtsnachtheilen des Eingeständnisses, und des Verlustes der Einreden und unter denjenigen weitern Präjudicien, welche nach Maasgabe der von dem Kläger gewählten Beweismittel noch anzudrohen sind, (z. B. wenn Beweis durch Eid anzutreten ist, der Eidesverweigerung) zur Erklärung mit

zu theilen. Zugleich pflegen die H. Hof- und Appellationsgerichte durch den Zusatz „mit Verweisung auf §. 94. pos. 5. der Prozeßordnung“ den Beklagten auf dasjenige, was ihm zur Rechtsvertheidigung obliegt, besonders aufmerksam zu machen. — Bei Mittheilung der Exceptionsschrift befolgt der Richter die oben zu §. 18. angegebenen Regeln, und verlangt zugleich Erklärung über die Beweismittel, welche der Beklagte in Bezug auf die vorgeschützten Einreden bezeichnet hat, unter den entsprechenden Präjudicien. Sobald alle nöthigen Erklärungen sowohl über Festsetzung des Streitpunkts, als über die von beiden Seiten bezeichneten Beweismittel eingegangen sind, oder wann im Falle des Versäumnisses Präclusion auf Contumacialanrufen erfolgt ist, geht der Richter zum Productionsverfahren der über die Thatsachen, welche nach Lage der Acten eines Beweises bedürfen, von den Partheien bezeichneten Beweismittel über. Hierbei treten dann die nach der Natur der einzelnen Beweismittel erforderlichen Prozeßhandlungen ein. Der Richter wird in diesem Verfahren überall auf Abkürzung der Fristen Bedacht nehmen.

Zu §. 97.

Da das Gesetz sagt „alle Eide“ so sollte es, wenn nicht der Irrthum häufig vorgekommen wäre, der Bemerkung nicht bedürfen, daß nicht blos der Haupteid, sondern auch die Editions- Diffessions- und Zeugeneide darunter verstanden sind.

Zu §. 98.

Die aus den canonischen Rechtsvorschriften herrührende weite Ausdehnung der Möglichkeit der Appellation gegen Decrete aller Art war ein längst erkannter

Fehler des gemeinen deutschen Prozesses. Ein ränkevoller Beklagter hatte hierin Mittel einen Rechtsstreit durch fortgesetztes Herumziehen von Instanz zu Instanz zu verewigen. Unser Gesetz beseitigt nicht nur diesen Misstand, sondern entfernt auch durch seine vortreffliche Fassung, welche die Fälle, wo Appellation möglich ist, kurz hinstellt, alle denkbaren Zweifel für Oberrichter und Unterrichter, ob eine Appellation gegen eine in Frage befangene Decretur statthaft sey, oder nicht. Ich bemerke nur, daß zu den nicht selbstständig, sondern nur bei der nächsten zuläßigen Appellation geltend zu machenden Beschwerden ohne Zweifel auch die über sogenannte heilbare Nullitäten gehören.

Die verschiedenen Anstände gegen das von unserm Gesetze angenommene System, welche besonders in Linde's Handbuche ꝛc. §. 53 mit so vielem Scharfsinne hervorgehoben werden, sind der bisherigen Erfahrung nach, vorzüglich durch die Einwirkung der H. Hof- und Appellationsgerichte auf das amtliche Verfahren, wohin ich vor allem die umsichtigen Visitationen der amtlichen Justizverwaltung rechne, größtentheils verschwunden. In solchen Fällen aber, wo das Verfahren so übel geleitet war, daß es nicht Basis eines Erkenntnisses seyn konnte, namentlich wo rechtswidrige Präclusionen statt gefunden hatten, half die in pos. II. am Ende der Verordnung vom 13. Dezember 1825 den Obergerichten ertheilte Befugniß den Actenschluß zu rescindiren, und den Aemtern aufzugeben nach Vervollständigung der Verhandlungen ein neues Erkenntniß zu fällen, vollkommen aus.

Erwägt man nun, daß solche mangelhafte Verfahren doch nur zu den seltenern Erscheinungen gehören,

und weiter, daß in den Fällen, wo sie wirklich vorkommen, nun alle Mängel des unterrichterlichen Verfahrens gleichzeitig auf einmal gehoben werden, so bin ich wenigstens überzeugt, daß dieses System den Vorzug vor einem andern verdient, welches den Partheien die Möglichkeit gibt, wegen oft nur angeblicher Beschwerden gegen einzelne prozeßleitende Decreturen die Prozesse unzähligemal durch alle Instanzen durch zu führen.

Auch die weitere Bestimmung des Gesetzes, daß gegen Beweisinterlocute appellirt werden könne, aber nicht appellirt werden müsse, hat sich in der bisherigen Erfahrung als sehr zweckmäßig bewiesen. Indem das Gesetz es dem vernünftigen Ermessen der Parthei überlaßt, ob sie den Versuch machen wolle durch Führung eines ihr vielleicht gar nicht, oder doch in einem geringeren Umfange obliegenden Beweises eine Appellation zu vermeiden, oder ob sie ein nach ihrer Ansicht überflüßiges Beweisverfahren durch sofortiges Anrufen des höhern Richters beseitigen will — hält es nach Vorgang der französischen Gesetzgebung

Code de Procédure civile Art. 451 und 452.

einen ganz richtigen Mittelweg zwischen dem Systeme des römischen Rechts, welches

l. 36 Cod. de appell. et consult. (7. 62)

gar keine Appellation gegen Beweisinterlocute gestattet, und so die Partheien zwingt, ein vielleicht ganz zweckloses Beweisverfahren durchzuführen, und dem andern früher in Deutschland allgemein verbreiteten, meiner Ueberzeugung nach weit schädlichern Systeme der Rechtskraft der Beweisinterlocute. Es sind mir aus den Zeiten vor dem neuen Prozeßgesetze gar manche Beispiele

erinnerlich, wo durch unverständliche, ja ganz irrige Interlocute, welche durch Rechtsunkunde, oder Sorglosigkeit der an solche Folgen nicht denkenden Partheien in Rechtskraft übergegangen waren, das ursprüngliche Rechtsverhältniß ganz verrückt war, und nun Advocaten und Richter das ohne Entscheidungsgründe ergangene Interlocut gleich einem Gesetze analisirten, und erörterten, was dann hiernach unter den Partheien rechtskräftig feststehe. Es reihet sich die weitere Betrachtung an, daß selbst der Zweck, welchen die Vertheidiger der Rechtskraft der Interlocute vor Augen haben, in seiner Ausdehnung dadurch nicht erreicht werden kann. Denn wenn es auch allerdings eine Folge dieser Rechtskraft ist, daß der Beweisführer unterliegt, wenn er den ihm auferlegten Beweis nicht führt, so kann doch umgekehrt der Schluß nicht gemacht werden, daß nach seiner Intention erkannt werden müsse, wenn er ihn zwar führt, aber dasjenige, was er von dem Gegner verlangt, aus dem Beweisthema nur theilweise, ja vielleicht gar nicht folgt. Diese meines Wissens von keinem Rechtslehrer genügend erörterte Frage kam im Jahre 1829 in einem Prozesse zwischen der Freifrau von Fechenbach und der Gräfin von Stollberg zur Sprache, und es wurde von dem H. Hof- und Appellationsgerichte zu Wiesbaden entschieden und von dem H. Oberappellationsgerichte bestätigt, daß das vor unserm Prozeßgesetze von dem H. Amte zu Rüdesheim erlassene, folglich rechtskräftige Interlocut nicht zu berücksichtigen sey, weil aus demjenigen, was es zum Beweis aussetze, dasjenige nicht folge, was der klagende Theil in Anspruch nahm.

Zwar ist es nicht zu läugnen, daß wie alle Dinge auf Erden, so auch das von unserm Prozeßgesetze ange-

nommene System mögliche Nachtheile mit sich führt, welche besonders von Linde in seinem Handbuche §. 77 bei Erörterung des Entwurfs einer Prozeßgesetzgebung für das Großherzogthum Hessen hervorgehoben werden. Wenn es aber auch wahr ist, daß ein Rechtsstreit auf die von ihm bezeichnete Art verzögert werden kann, so hat doch die bisherige Erfahrung bei uns bewiesen, daß diese Nachtheile bei weitem so groß nicht sind, wie er besorgt. Dieselben werden in den meisten Fällen sogar ganz verschwinden, wenn der Oberrichter Bedacht nimmt, so oft eine Sache im Wege der Appellation an ihn gebracht ist, das unterrichterliche Beweisinterlocut in allen von dem Appellanten seiner Cognition unterlegten Theilen auf das genaueste zu prüfen, und dasselbe zu berichtigen, wenn auch der Fehler, den er findet, gerade nicht als Beschwerde hervorgehoben ist, ja selbst dann hierzu zu schreiten, wenn die Berichtigung dieses Fehlers dem Appellanten nachtheilig ist.

Wären freilich verschiedene Klagen, oder Einreden cumulirt, so würde der Richter nach §. 111 der Prozeßordnung nicht berufen seyn, die Punkte, worüber keine Beschwerde vorgebracht ist, zu prüfen. Dieses ist aber dann die Schuld der Partheien, welche es unterließen ihre Beschwerden vorzutragen. Es ist nun allerdings denkbar, daß eine Parthei dieses thue um den Prozeß absichtlich zu verzögern; indessen selbst dann wird der Gegner, dem an Beendigung der Sache liegt, sich dadurch helfen können; daß er einen von Rechtswegen ihm obliegenden, aber irrig seinem Gegner auferlegten Beweis als directen Gegenbeweis antritt, und durchführt.

Aus dem Grundsatze, daß Interlocute nicht rechtskräftig werden, folgt, daß auch dem Richter, welcher

ein Interlocut erlassen hat, die Befugniß zusteht, dasselbe zu ändern, wenn er sich von der Unrichtigkeit seiner frühern Ansicht überzeugt. In diesem Falle kann zwar, wenn es sich zeigen sollte, daß ein Beweisverfahren überhaupt unnöthig ist, auf das erste Verfahren hin condemnatorisch, oder absolutorisch erkannt werden; nie aber darf eine endliche Sentenz auf Beweisverhandlungen, welche über ein mangelhaftes, oder unrichtiges Interlocut statt gefunden haben, in der Art gegründet werden, daß der Richter etwas als dadurch erwiesen annimmt, was er nicht zum Beweise ausgestellt hatte, indem er hierdurch dem Gegner das Recht Gegenbeweis zu führen, entziehen würde. Er muß vielmehr, wenn er sich überzeugt, daß etwas bewiesen werden müsse, wovon das Interlocut nichts enthält, ein neues erlassen. Verschieden hiervon ist der Fall, wenn das Interlocut neben der richtigen Beweisauflage weitere unrichtige Auflagen enthält, welche ohne Anstand als nicht vorhanden betrachtet werden können. Als Beispiel über diesen letztern Punkt bezeichne ich das Erkenntniß des H. Oberappellationsgerichts vom 27. April 1836 in Sachen von Schouler gegen K. Moses.

Daß es gleichgiltig ist, wenn gegen ein Interlocut schon einmal Appellation ergriffen und nicht prosequirt worden war, und dasselbe auch dann noch mit der Appellation gegen das Endurtheil als beschwerend angegriffen werden kann, davon ist bereits in von der Nahmer's Sammlung ꝛc. Band 2. N. 30 ein Beispiel angeführt.

Zu §. 99.

Zu welchem Misbrauche vervielfältigter Appellationen die Bestimmungen der l. un. Cod. ne liceat in

una eademque causa etc. (7. 70) geführt haben, ist bekannt. Eine Folge dieses Misbrauchs ist wohl die in neuerer Zeit sehr verbreitete Ansicht, daß gegen zwei gleichlautende Urtheile eine Appellation zur dritten Instanz überhaupt nicht statthaft sey, wie dieses z. B. die österreichische Gesetzgebung verordnet. Wie es hiermit auch seyn mag, so wird es gewiß allgemein für zweckmäßig erkannt werden, daß in den hier genannten Sachen die Appellation zur dritten Instanz nicht gestattet ist, wenn die Erkenntnisse der beiden erstern gleichlautend sind.

Gegen das Decret, welches einen Arrest anordnet und Termin zur Rechtfertigung desselben anberaumt, findet nach §. 98 keine Berufung statt, sondern nur gegen dasjenige, welches demnächst den Arrest für gerechtfertigt, oder nicht gerechtfertigt erklärt. So entschied das H. Oberappellationsgericht am 30. Dezember 1835 in Sachen Stritter gegen Stritter. Schlagt dagegen der Unterrichter das Arrestgesuch ab, so steht es dem Impetranten frei dagegen nach §. 114 der Prozeßordnung Beschwerde bei dem Oberrichter zu führen.

Da in der sechsten Position dieses Paragraphen kein Unterschied gemacht wird, ob diese Sachen in der in den §§. 94 und 95 angeordneten, oder in einer andern Prozeßart bei den Aemtern verhandelt worden sind, so ist dieses in dieser Beziehung gleichgiltig.

Zu §. 100.

1) Die Appellationssumme ist ein Theil, und zwar meiner Ueberzeugung nach bei uns, wo man Succumbenzgelder und andere ähnliche Mittel die Appellationen zu erschweren, mit Recht abgeschafft hat, ein nothwendiger Theil der Formalien der Berufung an den

höhern Richter. In ihr findet sich der Damm, daß nicht leidenschaftliche Menschen und böse Schuldner in Bagatellsachen die Realisirung des Rechts verzögern, sich selbst in unverhältnißmäßige Kosten stürzen, und den höhern Gerichten die zu gründlicher Erörterung der bei ihnen vorkommenden Sachen nöthige Zeit entziehen können. Ein solcher Damm muß existiren; ist er nicht in der Appellationssumme, so muß er sich anderwärts finden, sonst geht entweder über dem Suchen nach materiellem Rechte das formelle verloren, indem viele Sachen unerledigt liegen bleiben; oder alle gründliche Erörterung vor den Obergerichten muß aufhören. Denn offenbar liegt die vorzüglichste Garantie dafür, daß der Oberrichter weniger leicht irren wird, als der Unterrichter, darin, daß der erstere mit einer geringern Zahl zu entscheidender Prozesse beschäftigt jedem einzelnen eine umsichtigere Prüfung zu widmen im Stande ist. Könnte das Oberappellationsgericht von jedem eigensinnigen Menschen, welcher die bei einer guten Justizverfassung ohnehin nicht übermäßigen Kosten (im Herzogthum Nassau existiren außer einer mäßigen Stempeltaxe keine Sporteln und Taxen irgend einer Art) nicht scheuen wollte, oder von jeder Armenpartei, die keine Kosten zu zahlen hat, um jede Bagatellsache angegangen werden, so müßte es nothwendig einen Geschäftsbanquerot in kurzer Zeit machen, wenn man nicht dasselbe vermittelst großer Personalvermehrung in verschiedene Senate vertheilen, dadurch aber, abgesehen von dem Kostenaufwande, den großen Nachtheil herbeiführen würde, daß nun alle gemeinschaftliche Berathung und mit ihr die Einheit in den Aussprüchen des höchsten Gerichts ein Ende hätte. — Entscheidung ist zwar der Staat über

alle, auch die geringsten Ansprüche schuldig; aber eine wiederholte Erörterung kann er nur den dem Betrage nach wichtigern, eine dreifache nur den wichtigsten Sachen widmen. Die in solchen Sachen mit der größten Umsicht gefaßten, mit Entscheidungsgründen belegten Erkenntnisse der Obergerichte können und werden dann auch wirkliche Muster für die Untergerichte seyn. Was man dagegen von Berücksichtigung der Armen sagt, fällt größtentheils weg, wenn die Appellationssumme, besonders jene zur zweiten Instanz nach den individuellen Verhältnissen des Landes nicht zu hoch gegriffen ist. Erreicht ein Anspruch dieselbe nicht, so ist es im allgemeinen gewiß ein kleinerer Schaden, wenn dann und wann ein solcher Prozeß irrig entschieden wird, (eine Möglichkeit, welche auch durch wiederholte Prüfung von mehreren Gerichten nie ausgeschlossen werden kann) als wenn eine große Zahl unbemittelter Menschen Zeit und Vermögen auf Fortführung von Prozessen in den höhern Instanzen verwendet.

In einzelnen Theilen des Herzogthums, namentlich im Oranischen bestand ehemals in Bezug auf den Betrag der Appellationssumme ein Unterschied unter armen und wohlhabenden Partheien. Indessen gab schon die Frage, wer arm sey und wer nicht, zu allerhand Weiterungen Veranlassung; überhaupt hat sich diese ganze Einrichtung für die Armen selbst so wenig vortheilhaft gezeigt, daß man dieselbe in das neue Prozeßgesetz, meiner Ueberzeugung nach ganz zweckmäßig, nicht aufgenomen hat.

Das übrige, was man gegen die Bestimmung einer Appellationssumme anführt, kann ich nur für dem Leben fremde Speculationen halten. Ueber die Parallelle zwischen der Justizverfassung Oesterreichs und Baierns, wo-

von Linde in seinem Handbuche §. 117 redet, vermag ich kein gründliches Urtheil zu fällen, da ich das Innere der Gerichtsverfassung und die Resultate der Justizverwaltung dieser Staaten nicht genau genug kenne. Aber das habe ich erfahren, daß seit der Reform unsers prozessualischen Verfahrens die Prozesse bei den Obergerichten sich nicht vermindert, sondern vermehrt haben, und zwar meiner Ueberzeugung nach darum, weil nunmehr jedermann einer raschen Anerkennung und Realisirung seines Rechts gewiß ist, folglich es weder als unerreichbar aufgibt, noch um dauernden Plackereien eines ränkesüchtigen Gegners zu entgehen, zahlt.

Als erste nothwendige Bedingung bei Festsetzung einer Appellationssumme erscheint es, daß deren Berechnung keine Verwicklungen darbieten darf. Diesem Postulate gemäß verbietet unser Gesetz nach dem Vorgange der Reichsgesetze die Zusammenrechnung von Kapital, Zinsen, Früchten und Kosten zum Zwecke ihrer Begründuug. Hinsichtlich der Zinsen bemerkt es: Es sey dann, daß der Prozeß blos über Zinsen geführt werde. Diese Bestimmung ist allerdings einer verschiedenartigen Auslegung fähig. Es fragt sich, ob der Gesetzgeber nur den Fall vor Augen hatte, wenn Zinsen allein Gegenstand der Klage waren; oder ob er auch dann die Appellation gestatten wollte, wenn mit dem Kapitale eingeklagte Zinsen, welche für sich die Appellationssumme erreichen, ausschließlich Gegenstand der Berufung sind; und endlich, ob, wenn man letzteres annimmt, zwischen versprochenen Zinsen, und Zinsen anderer Art ein Unterschied gemacht werden muß?

In einem in von der Nahmer's Sammlung der Entscheidungen ꝛc. Band 1. Nr. 15 ausgezogenen Prozesse

hat das H. Oberappellationsgericht dahin entschieden, daß die Appellationssumme auch dann als vorhanden anzunehmen sey, wenn nach Einklagung von Kapital und Zinsen nur wegen des Zinsenpuncts appellirt werde, die Zinsen aber allein dieselbe erreichen. Linde erwähnt in der angeführten vortrefflichen Erörterung über Appellationssumme in seinem Handbuche Seite 323 dieser Entscheidung mit der Bemerkung, daß hier wohl von versprochenen Zinsen die Rede gewesen seyn müsse, indem auch wohl nach dem Nassauischen Gesetze solche Zinsen, welche blos officio judicis zuzuerkennen seyen, keine Appellationssumme begründen könnten. — Ich habe die bezeichneten Acten nachgesehen. Es handelte sich dort um drei Kapitalien; zugleich waren von einem versprochene Zinsen, von den beiden andern Verzugszinsen angesprochen; und wegen der vom Unterrichter abgesprochenen Zinsen der sämmtlichen Kapitalien war appellirt worden. In den von sämmtlichen Mitgliedern des Gerichts schriftlich abgegebenen Gutachten über die Frage, in wiefern durch Zinsen allein die Appellationssumme begründet werden könne, ist unter diesen verschiedenen Zinsen kein Unterschied gemacht. Durch Erkenntniß vom 30. Juli 1823 wurde die Appellation wegen fehlender Oberappellationssumme abgeschlagen, weil die aberkannten Zinsen der drei Kapitalien zusammen die Summe von 300 fl. nicht erreichten.

Abgesehen aber auch von dem Inhalte dieser Acten kann ich Linde's Ansicht über unser Prozeßgesetz keineswegs theilen. Was er zu Begründung derselben (Seite 304 folg.) aus den Reichsgesetzen herleitet, kann für den Nassauischen Richter, der ein neues Gesetz vor sich hat, welches unter versprochenen und andern Zinsen keinen

Unterschied macht, nicht entscheidend seyn. Uebrigens war selbst bei dem Reichscammergerichte die Sache gar nicht ausser Zweifel, und es gibt manche Cammeralschriftsteller z. B. Cramer systema proc. imp. §. 1115, — Gail observ. Lib. 1. N. 123 ꝛc., welche sogar die Zusammenrechnung von Kapitalien und Zinsen gestatten wollen. Tafinger in seinen Institutiones jurisprudentiae cameralis sagt dagegen §. 642 Note m. nachdem er die Ansichten Anderer angeführt hatte: Quod si solae usurae objectum litis constituant, summamque appellabilem adaequent, dictam regulam de non computandis usuris exceptionem pati observat Textor in dissert 2. ad R. J. N. thes. 31. Der verstorbene Oberappellationsgerichtspräsident von Dalwigk, welcher mehrere Jahre lang die Stelle eines Cammergerichtsassessors bekleidet hatte, bezeugt in seinem votum in der angeführten Sache, daß es die Praxis des Cammergerichts gewesen sey, die Appellationssumme als vorhanden anzunehmen, wenn die Zinsen allein deren Betrag erreichten.

In der Natur der Sache liegt ein Unterschied unter versprochenen und andern Zinsen gewiß nicht, wie auch Linde S. 406 bei Prüfung des Gegenstandes aus legislativem Gesichtspunkte anerkennt. Er sagt meiner Ansicht nach mit vollem Rechte, „daß derjenige, welcher 100 Gulden zahlen, oder empfangen solle, den reellen Nachtheil nicht nach der Natur der Forderung, sondern nach dem reellen Werthe berechnet.“ Dem gesunden Menschenverstande wird es jedenfalls nicht einleuchten, daß derjenige, dem 300 fl. Kapital abgesprochen sind, sich in zweiter und dritter Instanz darüber beschweren kann; während derjenige kein Rechtsmittel ha-

ben soll, welchem ein H. Amt 10,000 fl. Verzugszinsen abgesprochen hat; hier vielmehr die Möglichkeit der Remedur des begangenen Unrechts von dem zufälligen Umstande abhängen soll, ob ihm auch im Bezug auf die Kapitalforderung ein weiteres Unrecht zugefügt worden, oder er doch eine Beschwerde in Bezug auf das Kapital, wenn auch materiell grundlos, doch wenigstens scheinbar vorzubringen im Stande ist.

Ich bin nach Erwägung aller dieser Gründe der festen Ansicht, daß bei uns ein Unterschied zwischen versprochenen Zinsen und andern in Bezug auf Appellationssumme nicht existirt. Diesen Grundsatz hat auch das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen in dem Prozesse Goßman und Consorten gegen die Gemeinde Kloppenheim wegen Geschäftsführung angenommen. Das H. Amt zu Wiesbaden hatte den Klägern die Kapitalforderung zuerkannt, aber die verlangten Zinsen der verwendeten Summe im Betrage von 840 fl. abgesprochen, welche dann Gegenstand der Appellation waren; durch Erkenntniß vom 2. October 1833 reformirte das H. Hofgericht das materiell irrige Amtsurtheil. Eine Entscheidung des H. Oberappellationsgerichts über diesen Gegenstand ist mir aus neuerer Zeit nicht bekannt.

Die Obergerichte des Herzogthums gestatten bei der objectiven Klagenhäufung eine Zusammenrechnung der cumulirten Ansprüche zum Zwecke der Appellationssumme ohne Rücksicht darauf, ob dieselben gerade plures species unius actionis seyen, oder nicht. Neben dem Gesetze der Zweckmäßigkeit hat diese Verfahrungsart auch die Analogie der Verordnung vom 25. April 1823 für sich, wonach bei Appellationen von den Beschlüssen der H. Rechnungskammer an das H.

Oberappellationsgericht alle Posten, wozu der Rechner in einem Rechnungsabschlusse verurtheilt ist, zu Bildung der Appellationssumme (dieselbe ist nach dem Edicte vom 2. März 1816. §. 5. hundert Gulden) zusammengerechnet werden können. Dieses ist nun allerdings eine Abweichung von den vor der Zeit der neuen Prozeßordnung im Herzogthum Nassau befolgten Principien der l. 10. §. 1. D. de appell. (49. 1.) welche indessen weniger bedeutend erscheinen wird, wenn man erwägt, daß die Statthaftigkeit der Klagencumulation bei uns großen Beschränkungen unterliegt. Die in von der Nahmer's Sammlung ꝛc. ꝛc. Th. I. Nro. 19. aufbewahrten Abstimmungen der Mitglieder des H. Oberappellationsgerichts über diesen Gegenstand (wovon das in von der Nahmer's Werk durch einen lateinischen Sprachfehler unae statt unius, und Anführung eines unrichtigen Paragraphen 116 statt 1116 aus Cramer entstellte Votum IV. von mir selbst als damaligem Assessor dieses Gerichts verfaßt ist) rühren aus dem Jahre 1816, also aus der Zeit vor dem neuen Prozeßgesetze her. Dieselben hätten daher billig dort nicht aufgenommen werden sollen.

Eine Zusammenrechnung der Con- und Reconventionssumme ist allerdings etwas bedenklicher, da dieses zu Verwicklungen führen kann. Doch halte ich sie dem aufgestellten Principe nach für zuläßig, vorausgesetzt, wie sich im Grunde von selbst versteht, daß die Verhandlung in denselben Acten stattgefunden hat. Das Herzogliche Hof- und Appellationsgericht zu Usingen gestattet sie in solchen Fällen stets. Von dem H. Oberappellationsgerichte ist mir zwar eine Entscheidung über diese Frage nicht bekannt; nach gelegentlich geäußerten Ansichten seiner Mitglieder

habe ich aber Ursache zu glauben, daß man keinen Anstand nehmen würde ebenfalls in diesem Sinne zu erkennen.

In Bezug auf Servituten verordnet das Gesetz, daß die Appellationssumme als nicht vorhanden angenommen werden soll, wenn über die Dienstbarkeit eines Guts gestritten wird, dessen ganzer Werth diese Summe nicht ausmacht. Diese Bestimmung kann nur von dem Falle verstanden werden, wo der Besitzer des dienenden Guts Appellant, nicht aber wo er Appellat ist. Denn vermöge des Grundsatzes, daß die summa gravaminis d. h. der Betrag, wozu der Beklagte vermeintlich mit Unrecht verurtheilt, oder welcher dem Kläger seiner Ansicht nach mit Unrecht abgesprochen worden ist, die Appellationssumme bildet, kann es bei Servituten wohl vorkommen, daß die Appellationssumme für einen der streitenden Theile vorhanden ist, für den andern aber nicht. Man denke z. B. den Fall, wo der Besitzer eines Pallastes das Recht in Anspruch nimmt, über ein Grundstück von geringem Werthe zu fahren. Wird in einem solchen Falle die Servitut zugesprochen, so existirt die Appellationssumme für den Besitzer des Ackers gewiß nicht; während sie, wenn sie abgesprochen wird, für den Besitzer des Pallastes zweifellos vorhanden seyn würde, wenn dieser dadurch in seinem Werthe bedeutend verlöre, vielleicht nun in denselben nicht mehr ein, und aus ihm herausgefahren werden könnte.

Daß der Eid, worauf das H. Oberappellationsgericht in dem Falle, welchen von der Nahmer in seiner Sammlung &c. &c. Th. 1. Nro. 17. referirt, vor dem neuen Prozeßgesetze im Jahre 1817 erkannte, nach dessen Bestimmungen nicht genüge, vielmehr das Daseyn der Appellations-

summe durch legale Taxationen, oder andere urkundliche Beweismittel gehörig bescheinigt seyn müsse, darüber sind die Obergerichte einverstanden. — Der Generalerlaß des H. Oberappellationsgerichts an die Procuratoren vom 9. März 1836 schreibt pos. 3. ausdrücklich die Beibringung solcher Bescheinigungen mit der Rechtfertigungsschrift in allen Fällen vor, wo das Daseyn der Appellationssumme nicht klar aus den Acten hervorgeht, mit der Androhung, daß widrigenfalls die Appellation wegen mangelnder Summe abgeschlagen werden würde. Daß bei Immobilien und Prädialservituten das Feldgericht der gelegenen Sache zu Ausstellung solcher Bescheinigungen in Gemäßheit der Amtsverwaltungsordnung die allein competente Behörde sey, und nur ausnahmsweise, wo dessen Mitglieder betheiligt bei dem Prozesse erscheinen, auf eine Abschätzung durch andere Sachverständige angetragen werden könne, hat derselbe Gerichtshof am 29. Junius 1836 in Sachen Sauerwein gegen Sauerwein wegen Weggerechtigkeit entschieden.

Bei Prioritätsstreitigkeiten im Concurse ist meiner Ansicht nach die Appellationssumme nur dann vorhanden, wenn der Betrag der Forderung des Appellanten nicht nur, sondern auch die Summe der Beträge, über deren Prälocirung er sich beschwert, die Appellationssumme erreicht. Linde's Ansicht hierüber im Handbuche §. 89. kann ich nicht beitreten, denn gewiß ist demjenigen, der z. B. eine Forderung von 1000 fl. in einem Concurse liquidirt hat, nicht eine die Appellationssumme erreichende Beschwerde dadurch zugefügt, daß ihm eine Forderung von 5 fl. prälocirt worden ist. Darauf, ob vermöge des Massebestandes auf die Forderungen

des Appellanten und der Appellaten an der angewiesenen Stelle etwas bezahlt werden wird, oder nicht, kann es freilich nicht ankommen, da man die Verhandlungen über die Masseverwaltung in das Locationsverfahren nicht hereinziehen kann. Vernünftige Menschen werden sich freilich, ehe sie einen solchen Prioritätsprozeß durch die Instanzen führen, zuerst erkundigen, ob dessen Gewinn oder Verlust möglicher Weise ein reelles Resultat haben kann.

Es sind hier endlich noch die Fälle zu bemerken, welche die Schriftsteller über die Praxis der deutschen Reichsgerichte z. B. Cramer observ. Nr. 255 und 594 unter dem Namen Gravamen continuum, oder ob sequelam begreifen, solche nämlich, wo die Entscheidung ein Präjudiz für andere Fälle unter den streitenden Theilen bildet; z. B. wenn die Frage ob jemand Erbe sey, oder nicht, ob eheliche Leibzucht, Gütergemeinschaft, ein Bannrecht ꝛc. vorhanden sey, oder nicht, bei Gelegenheit eines die Appellationssumme nicht erreichenden Streitobjects zur Entscheidung gekommen ist. In allen diesen Fällen ist der Gegenstand der Beschwerde ein nicht wohl schätzbarer für denjenigen, welcher vermöge einer solchen Berechtigung als Kläger aufgetreten, oder als Beklagter aus einer solchen Verbindlichkeit belangt worden ist; er kann es aber auch für den Gegner seyn, wenn dieser mehrere Ansprüche, oder Verbindlichkeiten aus demselben Rechtsverhältnisse haben sollte. Diesen Grundsatz haben die H. Nassauischen Gerichte stets anerkannt.

Dasselbe Verhältniß kann da vorkommen, wo die römischen Gesetze z B.

l. 16. 18. D. de exceptionibus etc. (44. 1)

l. 32. §. 10. D. de arbitris (4. 8)

l. 1. §. 1 D. fam hereisc. (10. 2.)

die heutiges Tags ausser Gebrauch gekommene exceptio ordinis inversi geben z. B. wenn die Appellationssumme nicht erreichende Zinsen eingeklagt sind, während die dieselbe erreichende Kapitalschuld selbst von dem Beklagten bestritten wird, daher denn über deren Richtigkeit zu verhandeln ist und folgeweise wirklich entschieden wird, wenn auch der dispositive Theil des Urtheils nur von Zinsen redet u. s. w.

2. In Bezug auf die unheilbare Nichtigkeitsklage beschränkt sich das Gesetz auf Entscheidung der gemeinrechtlichen Controverse wegen der Erkenntnisse gegen das sogenannte jus in thesi.

Die Herzogl. Nass. Obergerichte haben sich bei Beurtheilung der Frage, ob ein Erkenntniß nichtig sey, oder nicht, stets streng an den dispositiven Theil des jüngsten Reichsabschieds gehalten, wonach eine unheilbare Nichtigkeit der Urtheile nur wegen unheilbarer Mängel in den Personen der Partheien, des Richters, oder in den Substantialien des Prozesses eintritt.

Freilich kann auch ein von dem competenten Richter unter den rechten Partheien nach ordnungsmäßiger Verhandlung der Sache erlassenes Urtheil in sich nichtig seyn, sowohl wegen einer aus den vorhandenen Acten nicht zu beseitigenden Unbestimmtheit,

l 5 und 59 D. de re judicata (42. 1.)

l. 3. Cod. de sent., quae sine certa quantitate (7. 46.)

als wann dasselbe keine, sey es nun freisprechende, oder verurtheilende Entscheidung,

l 3. und 11 Cod. de sent. et interl. (7. 44) oder gar wirklichen Unsinn enthalten sollte. Diese Fälle gehören aber offenbar nicht hierher, da, wie von Almendingen in der Metaphisik S. 313 richtig bemerkt, ein solches Urtheil nach 30 Jahren so wenig vollstreckbar ist, wie nach 10 Tagen. Dagegen bin ich überzeugt, daß von einer Richtigkeit einer sententia contra sententiam, was auch von den Vertheidigern derselben, besonders von Grolmann mit großem Scharfsinne dafür angeführt werden mag, die Rede nicht seyn kann, vielmehr die exceptio rei judicatae im Verhältnisse zu dem neuen Erkenntnisse sich, wenn ihre zeitige deutliche Vorschützung unterlassen wurde, als eine nach §. 15. der Prozeßordnung versäumte, wann sie aber gehörigen Vorbringens unerachtet unberücksichtigt blieb, als eine verworfene Einrede darstellen wird.

Da es nun nach unserer Gerichtsverfassung nur wenige Rechtsverhältnisse gibt, wo die Gerichtsbarkeit eines, wenn auch ursprünglich incompetenten Richters durch das Verfahren nicht prorogirt werden könnte, und unsere Prozeßordnung die Legitimation zur Sache zu einem Theile des Hauptbeweises erklärt, so kommen, wie es im Interesse der Rechtssicherheit höchst wünschenswerth ist, Klagen über unheilbare Nichtigkeit von Sentenzen bei uns selten vor.

Wenn dieselben, wie in der Regel geschieht, bei dem in der Reihenfolge der Instanzen dem erkennenden Richter unmittelbar vorgesetzten Gerichte vorgebracht werden, so werden sie ohne Rücksicht auf Apellationssumme angenommen und im ordentlichen Prozesse verhandelt. Das demnächst ergehende Erkenntniß kann nur im Wege der Appellation in appellabeln Fällen angefochten wer-

den, wenn nicht in dem neuen Verfahren neue Nullitäten enthalten seyn sollten. Hat dagegen das angegangene Gericht, eine vorgebrachte Nullitätsklage ohne den Gegner zu hören verworfen, so kann dagegen nach §. 114 der Prozeßordnung Beschwerde geführt werden. Das H. Oberappellationsgericht hat diesen Grundsatz in seinem Relevanzbescheide vom 23. September 1836 in Sachen der Pfarrei Villmar gegen die Fürstlich Wiedische Rentkammer ausgesprochen. Uebrigens zweifle ich nicht daran, daß die unheilbare Nichtigkeitsklage auch bei dem Gerichte, welches das angegriffene Urtheil erlassen hat, und folgeweise gegen Urtheile des H. Oberappellationsgerichts bei diesem selbst angebracht werden kann. Denn ich sehe keinen Grund, warum nicht der Richter sein eigenes Urtheil wieder aufheben könnte, wenn ihm nachgewiesen wird, daß es an den wesentlichen Voraussetzungen desselben, sey es nun seiner Competenz, der Fähigkeit zur Rechtsverhandlung von Seiten der Parthei, der Vollmacht des Vertreters, der richtigen Insinuation der Ladung des Beklagten zur Rechtsvertheidigung ꝛc. fehlt. Für dir Richtigkeit dieser Ansicht spricht die Bestimmung in pos. X der Verordnung vom 10. December 1825, wonach der um Vollzug des von einem andern Gerichte erlassenen Erkenntnisses angegangene Richter auf die wahrscheinlich gemachte Einrede, daß das Erkenntniß von einem incompetenten Richter erlassen worden sey, dem Imploraten eine Frist bestimmen kann, binnen welcher er eine ihm günstige Verfügung des erkennenden, oder des diesem vorgesetzten Gerichts auszubringen hat. Ein Beispiel einer gegen ein Erkenntniß des H. Oberappellationsgerichts erhobenen Nichtigkeitsklage ist mir übrigens nicht bekannt.

Was endlich den Rechnungsirrthum betrifft, so unterscheidet von Almendingen in der Methaphisik rc. S. 288. bei Erörterung der l. 2. Cod. de re judicata (7. 52.) und der l. 1. §. 1. D. quae sent. sine appell. rescind. (49. 8.) ob der Rechnungsirrthum Ursache, oder Folge des Urtheils sey; nur im letztern Falle sey das Urtheil keiner Rechtskraft fähig. Reinhardt in seinem Handbuche bemerkt §. 335. Note 16. daß er dieser Ansicht, welche überdieß unklar sey, nicht beitreten könne. Wohl mag der Vorwurf des nicht deutlichen Ausdrucks von Almendingen's Darstellung treffen; dagegen glaube ich, daß er ganz richtig gesehen hat. Ursache eines Urtheils ist der Rechnungsirrthum wohl dann zu nennen, wenn derselbe bei Begründung der Klage, oder Einrede von der Parthei begangen worden ist. Es ist z. B. gestützt auf ein Contocurrent, worin sich wirklich ein Irrthum befindet, die Summe von 1000 fl. eingeklagt und der Beklagte zur Zahlung verurtheilt worden. Kann derselbe nun später dieses Urtheil als nichtig anfechten wegen dieses Irrthums? Das Gesetz sagt nein, denn res judicatae, si sub praetextu computationis instaurentur, nullus erit litium finis. In demselben Sinne heißt es in l. 1. Cod. de errore calculi (2. 5.) daß der Rechnungsirrthum beseitigt werden könne, wenn er nicht res judicata geworden sey. Hiervon ganz verschieden ist der Fall, wenn der Irrthum Folge des Urtheils ist, oder mit andern Worten, wann ihn der Richter begangen hat, wie dieses in den ersten zwei Beispielen der angeführten l. 1. §. 1. D. quae sent. sine appellatione rescind. (49. 8.) geschehen war, wo der Richter den Beklagten verurtheilt hatte hundert zu zahlen,

weil er die Summen von fünfzig und fünf und zwanzig schuldig sey.

Zu §. 101.

Ich beziehe mich hier auf das oben zu §. 24. Gesagte.

Zu §. 102.

Der wesentlichen Verbesserung, welche die Bestimmung dieses Paragraphen durch den eingeführten Gerichtsgebrauch alle Erkenntnisse, mit Einschluß der Beweisinterlocute zu insinuiren, erhalten hat, habe ich bereits oben zu §. 26. erwähnt.

Nach den verschiedenen hier einschlagenden Gesetzen, wovon ich nur l. 1. Cod. quorum appell. non recipiuntur (7. 65.) als Beispiel anführe, sollte es, wenn nicht diese irrige Ansicht in unserer Rechtssprechung mitunter vorgekommen wäre, der Erinnerung nicht bedürfen, daß der vorliegende Paragraph mit dem Ausdrucke „Contumacialurtheile" nur solche Erkenntnisse bezeichnet, wo der Beklagte auf die Klage gar nicht geantwortet hatte, nicht aber solche, wo im Laufe des Prozesses eine Parthei mit irgend einer Handlung wegen Ungehorsams präcludirt worden ist. Denn wo sollte es hinführen, wenn man dasjenige, was von Contumacialurtheilen gilt, auf solche Urtheile anwenden wollte, wo in dem Prozesse der Kläger mit den Repliken, der Beklagte mit den Dupliken, oder einen Theil mit irgend einer Handlung im Beweisverfahren präcludirt worden wäre!

Daß der Satz „Contumax non appellat" in seiner Allgemeinheit unrichtig ist, hat schon Gönner in seinem Handbuche Th. III. Abh. 40. (61.) §. 8. — 10.

nachgewiesen. Nach unserem Gesetze kann es keinem Zweifel unterliegen, daß gegen ein solches Urtheil Appellation möglich ist, wobei natürlicher Weise nur irrig ausgesprochene Contumacialfolgen und, wenn ein Restitutionsverfahren statt gefunden hat, zugleich eine unrichtige Versagung der Restitution Gegenstände der Beschwerde seyn können. So entschied das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen in vielen Fällen, wovon ich als Beispiel das Erkenntniß in Sachen Kratz gegen Forsboom vom 7. September 1832 bezeichne.

Unser Gesetz geht übrigens hier einen andern Weg, als derjenige ist, welcher nach den Ansichten von Heise und Cropp (Abhandlungen Bd. 2. Abhdlg. 12. Seite 349) gemeinrechtlich der richtige seyn würde. Ich glaube indessen, daß die bisherige Erfahrung bewiesen hat, daß es ganz zweckmäßig ist, wann ein beabsichtigtes Restitutionsverfahren dem Appellationsprozesse über Contumacialurtheile vorausgeht.

Die angeführte Abhandlung enthält übrigens sehr gute Bemerkungen darüber, wann in dem Angehn des Unterrichters von Seiten des Appellanten ein stillschweigender Verzicht auf eine eingelegte Berufung zu finden sey. Insbesondere wird gezeigt, daß durch Protestation die Annahme eines Verzichts beseitigt werden könne; denn man kann wohl nicht annehmen, daß eine Parthei, wie dieses in

l. 5. Cod. de re judicata (7. 52.)

unterstellt wird, stillschweigend durch die vorgenommene Handlung auf ein Recht verzichtet habe, wenn sie die gegentheilige Absicht ausdrücklich erklärt hat.

Ueber die Restitution gegen Contumacialerkenntnisse im Mandatsverfahren bei den H. Aemtern enthält die

Verordnung vom 13. December 1825 pos. I. 3. die näheren Vorschriften.

Zu Bewirkung eines gleichförmigen Verfahrens hierbei hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen den H. Aemtern folgende Instruction ertheilt: Ueber das Restitutionsgesuch ist sofort ein Protocoll aufzunehmen. Findet der Richter das Vorbringen, dessen Wahrheit vorausgesetzt, für zureichend um die nachgesuchte Restitution zu verwilligen, so ist das Protocoll dem Kläger in Abschrift mitzutheilen mit einstweiliger Sistirung der erkannten Execution und mit Anberaumung eines Termins zur Verhandlung unter Androhung des Rechtsnachtheils des Eingeständnisses der vorgetragenen Thatsachen für den Kläger und des Verlustes der Restitutionsgründe für den Beklagten. Erscheinen beide Theile in diesem Termine und die Restitution wird verwilligt, so kann sofort zur Verhandlung in der Hauptsache übergegangen werden. Der Kläger kann der allgemeinen Vorschrift in §. 98. der Prozeßordnung gemäß eine Beschwerde dagegen nur mit einem Rechtsmittel gegen ein Erkenntniß in der Hauptsache geltend machen. Bleibt der Kläger aus, so ist der Klagbefehl erloschen; bleibt der Beklagte aus, so wird die sistirte Execution auf Anrufen erneuert.

In seinem Handbuche §. 56. bemerkt Linde, meiner Ueberzeugung nach ganz richtig, daß der Beklagte seine Beschwerden selbst durch neues Vorbringen rechtfertigen könne, wann solche nova nicht durch Contumacia als verloren betrachtet werden können. Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen hat indessen diese Ansicht in Bezug auf die in §. 110. der Prozeßordnung den vor den H. Aemtern mündlich verhandelnden Par-

theien ertheilten Befugnisse nicht angenommen, eine Praxis, welche ich zwar nicht für dem Gesetze gemäß halte, welche aber in der Leichtigkeit der Restitution gegen Contumatialerkenntnisse im Mandatsverfahren nach I. 8. der Verordnung vom 13. December 1825 ihren Anhaltspunkt finden mag.

Zu §. 103. und 104.

Diese Bestimmung hat bei Beweisinterlocuten und Erkenntnissen auf den Eid mitunter die Folge gehabt, daß der Richter, welcher von der bei einem andern Gerichte angezeigten Berufung keine Kenntniß hatte, die Verhandlungen fortsetzte, und diese nachher wieder aufgehoben werden mußten, wann die Appellationsanzeige nach mehrern Wochen zum Vorschein kam. Wenn auch das gemeinrechtliche Fatale der Introduction gerade nicht zweckmäßig erscheint, so halte ich doch eine Bestimmung darüber für nöthig, binnen welcher Zeit der Appellant das erhaltene Zeugniß über die Appellationsanzeige zur Erwirkung von Apostelн dem Richter vorzulegen hat. Rücksichten dieser Art mögen die deutschen Gerichte geleitet haben, indem sie fortwährend auf Beibringung von Aposteln mit der Appellationsintroduction bestanden, während die Reichsgesetzgebung

Cammergerichtsordnung von 1555 Theil II. Tit. 30. §. 1.

dieselben längst für überflüßig erklärt hatte.

Nach unserm Gesetze sind die Aposteln offenbar kein nothwendiges Formale der Appellation, wie dieses auch daraus noch deutlich hervorgeht, daß sie in §. 105. der Prozeßordnung sich nicht als eine nothwendige Anlage der Rechtfertigungsschrift aufgezählt finden.

Dieselben haben daher keine besondere Bedeutung, sondern sind blos die Erklärung des Unterrichters, ob er durch die gemachte Anzeige der Appellation in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften seine Jurisdiction als suspendirt betrachte, oder nicht. Der Unterrichter hat daher bei Ertheilung dieses Decrets zu untersuchen:

1) ob die in Frage befangene richterliche Verfügung zu denjenigen gehört, wogegen nach §. 98 der Prozeßordnung überhaupt Appellation statthaft ist.

2) ob der Appellant das Decendium eingehalten hat, und

3) ob die Appellationssumme vorhanden ist. Hierbei kann für den Unterrichter, welcher nicht wissen kann, worin der Appellant seine Beschwerde setzen wird, nur das Streitobject Maasstab seyn. Findet der Richter bei dieser Untersuchung, daß das Dasein der Appellationssumme nach den bisherigen Verhandlungen zwar nicht gewiß ist, daß aber daraus auch nicht hervorgeht, daß das Streitobject dieselbe nicht erreicht, so hat derselbe, nach einer Vorschrift des H. Oberappellationsgerichts vom 22. Dezember 1826, ohne Verhandlungen über Bescheinigung der Appellationssumme, wodurch die Sache nur verzögert werden würde, einzuleiten, der Appellation nicht statt zu geben, aber zugleich in dem Decrete die Frist zu bemerken, welche nach §. 105 der Prozeßordnung zur Rechtfertigung laufen würde, wenn der Appellant glauben sollte bei dem höhern Richter die Appellationssumme als vorhanden nachweisen zu können.

Bei Beurtheilung der Frage, ob einer nach diesen Erwägungen statthaften Appellation der Suspensiveffect zu versagen sey, muß der Richter sehr vorsichtig seyn. Er wird sich nur dann dazu entschließen, wenn wirkliche

Gefahr auf dem Vollzuge haftet. Beispiele sind Streitigkeiten über den jüngsten Besitz,

l. un. Cod. si de moment. poss. fuerit appellatum (7. 69.)

und über Alimentation, besonders wenn bei einem obschwebenden Ehescheidungsprozesse der Ehefrau provisorische Trennung vom Ehemanne gerichtlich gestattet worden ist.

ex arg. l. 7. D de appell. recip. (49. 5)

Das H. Oberappellationsgericht hat ferner durch ein Rescript vom 16. October 1822 verfügt, daß in den Aposteln stets der Tag der Insinuation des Erkenntnisses, wovon appellirt ist, ausgedrückt werden solle, und endlich durch Erlaß vom 9. März 1836, daß die Apostеln, es mag nun darin der Berufungsanmeldung mit einer einmonatigen, oder einer zweimonatigen Rechtfertigungsfrist statt gegeben, oder dieselbe verworfen werden, stets mit Motiven versehen seyn müssen.

Da es übrigens nicht selten vorkam, daß der Richter, welcher auf die sofort eingelegte Appellation der einen Parthei die Acten an das höhere Gericht gesendet hatte, nun auf eine spätere Appellationsanzeige der andern zu decretiren verhindert war, so sind die Herzoglichen Aemter angewiesen worden die Acten, worin appellirt worden ist, erst nach Ablauf des Decendiums an die H. Hof- und Appellationsgerichte einzusenden. Wird der Appellationslibell innerhalb der zur Rechtfertigung bestimmten Frist nicht übergeben, so senden die H. Hof- und Appellationsgerichte die Acten ohne das Anrufen des Gegners abzuwarten von Amtswegen zurück.

Das Herzogl. Oberappellationsgericht hat dagegen durch Verfügung vom 30. März 1827 die Einsendung der Acten auf eingelegte Appellation ganz untersagt, und

fordert dieselben in der Regel erst nach Eingang der Rechtfertigungsschrift ein. — Ist nach Verlauf eines Monats nach Ablauf der Rechtfertigungsfrist die Einforderung der Acten nicht erfolgt, und auch kein documentum desertae appellationis von dem Appellaten vorgelegt worden, so fragen die H. Hof- und Appellationsgerichte bei dem H. Oberappellationsgerichte an, ob gerechtfertigt sey, oder nicht. Die verneinende Antwort vertritt die Stelle des Remissorialrescripts; die H. Hof- und Appellationsgerichte erlassen darauf in solchen Sachen, wo noch bei ihnen zu verhandeln ist, das nach Lage der Acten die Fortsetzung der Verhandlung bezweckende Decret; in solchen Appellationssachen aber, worin bei ihnen vor der Hand nicht mehr zu handeln ist, senden sie die Acten zurück, und setzen davon beide Partheien in Kenntniß. Diese Einrichtung war darum nöthig, weil die bei den H. Hof- nnd Appellationsgerichten angestellten Procuratoren auch öfters die Libelle für die dritte Instanz bearbeiten. Ist ein Oberappellationsgerichts-Procurator mit Fertigung des Appellationslibells beauftragt, so fordert das H. Oberappellationsgericht auf dessen Antrag sofort die Acten ein.

Der Natur der Sache nach fallen die durch eine erhobene und nicht fortgesetzte Appellation veranlaßten Kosten unabhängig von der Entscheidung über den Kostenpunkt in der Hauptsache dem Appellanten zur Last. Das H. Oberappellationsgericht spricht, wenn ein documentum desertae appellationis bei ihm nachgesucht wird, diese Verurtheilung stets darin aus. Uebrigens müssen solche Anfragen zeitig, nämlich innerhalb eines Monats nach Ablauf der Rechtfertigungsfrist, ehe das betreffende H. Hof- und Appellationsgericht anfragt, und

unter Beifügung der Aposteln erfolgen, sonst werden die Deserviten gestrichen.

Generalerlaß des H. Oberappellationsgerichts an die Procuratoren vom 14. October 1836.

Zu §. 105. und 106.

Durch mehrere Generalerlasse an die Procuratoren von Seiten der H. Hof- und Appellationsgerichte zu Usingen und Dillenburg, und durch jenen des H. Oberappellationsgerichts vom 9. März 1836 sind die Anwälte angewiesen, das Vorhandensein der formellen Bedingungen der Appellation in den Rechtfertigungsschriften stets genau nachzuweisen.

Durch ein Rescript des H. Staatsministeriums vom 14. September 1826 sind die Vorschriften dieser Paragraphen auch auf die Appellationen von den Rechnungsabschlüssen der H. Rechnungskammer für anwendbar erklärt, und zugleich ist dem H. Oberappellationsgerichte eine ausgedehntere Befugniß wegen der in weitläufigen Rechnungssachen öfters nöthigen Erstreckung der Rechtfertigungsfrist eingeräumt worden.

Daß die Frist zum Nachsuchen der Restitution gegen Versäumung der Frist zur Appellationsanmeldung so lange lauft, als die Rechtfertigungsfrist, und daß das Gesuch darum stets mit der Rechtfertigung der Beschwerden in der Hauptsache verbunden werden soll, ist wohl eine zweckmäßige Bestimmung, da nun die Restitutionsgründe und die Beschwerden in der Hauptsache gleichzeitig geprüft werden können. Der Umstand, daß der Unterrichter bis zur erfolgenden Acteneinforderung von Seiten des Oberrichters in der Sache fortfährt, muß die Parthei bestimmen die Uebergabe des Appella-

tionslibells möglichst zu beschleunigen. Nicht unbedinglich erscheint die große Leichtigkeit, womit von den gemeinrechtlichen Vorschriften abweichend unser Gesetz den Restitutionsgesuchen gegen Versäumung des Decendiums zu willfahren befiehlt, wenn die Beschwerde in der Hauptsache gegründet ist. Der Gesetzgeber mag hier vorzüglich die bei Amte mündlich verhandelnden Partheien vor Augen gehabt haben. Jedenfalls lag es gewiß nicht in der Absicht des Gesetzes die Vernachläßigungen recipirter Anwälte in der Art zu begünstigen, daß sie von der in §. 134 der Prozeßordnung angedrohten Strafe frei seyn sollten, wenn ein auf ihr Verschulden gegründetes Restitutionsgesuch wegen mangelnder Beschwerden in der Hauptsache abgeschlagen würde. Die Obergerichte des Herzogthums pflegen daher, wenn das Gesuch um Restitution gegen Versäumung der Frist zur Anmeldung, oder zur Rechtfertigung der Berufung auf ein nachgewiesenes Verschulden eines recipirten Procurators, nach den Bestimmungen in §. 134 der Prozeßordnung gegründet wird, die Restitution stets und selbst dann unter Ansetzung der Ordnungsstrafe zu verwilligen, wenn es sich auch zeigen sollte, daß die Berufung materiell nicht begründet wäre.

Ich bemerke noch, daß das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen durch ein Generalrescript vom 7. Dezember 1832 die H. Aemter angewiesen hat, auf Antrag recipirter Procuratoren zum Zwecke zu nehmender Einsicht Acten, welche für den Augenblick entbehrlich sind, an die Hofgerichts-Registratur einzusenden, und dem ansuchenden Anwalte durch ein Decret zu eröffnen, wie lange sie zu seiner Einsicht dort offen liegen. Nach Ablauf dieser Frist sendet die Registratur die Acten

zurück. Durch diese Einrichtung werden die großen Kosten vermieden, welche durch die Reisen der angestellten Procuratoren an die Amtssitze zum Zwecke zu nehmender Acteneinsicht entstehen würden.

Zu § 107.

Ich beziehe mich auf das oben zu §. 104 Gesagte.

Zu §. 108. und 109.

Bei Beurtheilung der Frage, ob der Appellat gehört werden müsse, oder nicht, muß der Oberrichter stets die Befugnisse vor Augen haben, welche der §. 110 der Prozeßordnung den mündlich zu Protocoll handelnden Partheien in Bezug auf neues Vorbringen gestattet. Er wird daher insbesondere dann nicht ohne vorgängige Anhörung des Appellaten zu einem reformirenden Erkenntnisse schreiten, wenn er finden sollte, daß dessen Beweisführung, welche der Unterrichter für vollständig, oder doch bis zum Erfüllungseide erbracht hielt, misglückt sey, und denselben durch Erkennung von Apellationsprozessen in den Stand setzen das etwa Versäumte nachzuholen.

Sind in dem Apellationslibelle, oder der Erklärung darauf neue Thatsachen oder Beweismittel auf eine nach §. 110 der Prozeßordnung zuläßige Weise vorgebracht worden, so ist in dem Mittheilungsdecrete das entsprechende Präjudiz des Eingeständnisses, des Verlustes der Einreden gegen die Personen der Zeugen ꝛc. nach Maasgabe der oben erörterten Grundsätze anzudrohen.

Von selbst versteht es sich übrigens, daß der Oberrichter nur dann in das Beweisverfahren eingehen

wird, wann er das, wenn auch wegen der Beweisauflage keine Beschwerden vorgebracht seyn sollten, in Ansehung derjenigen Bestimmungen, worüber neuer Beweis angetreten worden ist, sorgfältig zu prüfende Beweisinterlocut des Unterrichters den Rechten gemäß findet.

Zu §. 110.

Aus demjenigen, was ich oben zu §. 102 angeführt habe, folgt, daß eine Parthei, welche bei Amte mündlich zu Protocoll verhandelt hat, in der Appellationsinstanz auch dann neue Repliken und Dupliken (vergl. das zu §. 18. Gesagte) oder Beweismittel vorbringen kann, wann sie mit der Replikhandlung, Duplikhandlung, oder Beweisantretung ganz ausgeschlossen worden ist, indem der Satz „Contumax non appellat" auf diese Prozeßhandlungen keine Anwendung findet. Dagegen kann ein Eingeständniß, sey es ausdrücklich abgelegt, oder als Folge des Ungehorsams (vergl. das oben zu §. 5 Gesagte) angenommen, mit Bezug auf die Bestimmung dieses Paragraphen nicht zurückgenommen werden. Hiernach hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen stets erkannt.

Daß auch eine Reconvention von solchen Partheien, welche mündlich bei Amte verhandelt haben, in der Appellationsinstanz vorgebracht werden kann, wenn von der betreffenden Forderung zugleich als theilweiser Compensationseinrede Gebrauch gemacht wird, muß wohl nach der Bestimmung des vorliegenden Paragraphen angenommen werden. Denn wären z. B. 100 fl. eingeklagt, und eine Gegenforderung von 200 fl. theils zur Compensation, theils als Reconvention entgegengesetzt, so würde es doch gewiß sehr unzweckmäßig seyn,

wenn man nur über hundert Gulden erkennen, und die andern hundert in einen neuen Prozeß verweisen wollte. Ausserdem halte ich ein solches Vorbringen für unstatthaft, da dasjenige, was in dem Gesetze von der Klage gesagt ist, auch von der Wiederklage gelten muß.

Eine sehr zweckmäßige Bestimmung um zu verhindern, daß nicht durch unvollständige protocollarische Verhandlung bei den H. Aemtern die H. Hof- und Appellationsgerichte zur ersten Instanz gemacht werden, bietet die in pos. II. der Verordnung vom 13. December 1825 diesen Gerichten eingeräumte Befugniß dar, in solchen Fällen den Actenschluß zu rescindiren und dem betreffenden Amte aufzugeben, ein neues Erkenntniß nach besserer Verhandlung zu fällen. In ihr findet sich, wie ich schon oben zu §. 98. erwähnt habe, der Schlußstein des Grundsatzes, daß gegen blose Decrete Appellation nicht statt findet.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß dieses Recht in der Appellationsinstanz unbedingt Neues vorzubringen wegfällt, wenn die betreffende Parthei schon einmal dort, also schriftlich gehandelt hat. Hat z. B. eine Parthei gegen das Beweisinterlocut appellirt, und die Acten sind mit einem bestätigenden, oder abändernden Interlocute dem Amte zurückgegangen, so kann sie später bei einer Berufung gegen das Endurtheil wohl neue Beweismittel, aber keine Nova in Bezug auf Festsetzung des Streitpuncts, also keine neuen Einreden, Repliken ꝛc. vorbringen, es sey dann im Wege der Restitution.

Zu §. 111.

Diese Bestimmungen über die reformatio in pejus sind gemeinrechtlich, und schon in l. 39. Cod. de

appell. (7. 62.) enthalten. Ihre Zweckmäßigkeit zu Beendigung der Prozesse mit Umgehung überflüssiger Verhandlungen vor dem Oberrichter unterliegt keinem Zweifel. Ich halte es für unnöthig über die Anwendung dieser Vorschriften weitere Beispiele anzuführen, da die in von der Nahmer's Sammlung rc. Th. II. 1. 2. 3. angeführten Entscheidungen des H. Oberappellationsgerichts die Praxis der H. Nassauischen Gerichte hinlänglich belegen.

Die beiden letzten Sätze des Paragraphen sind allerdings nicht ganz verständlich, indem derjenige, welcher nicht selbstständig appellirt hat, nicht eher vor dem Oberrichter auftreten kann, bis ihm der Beschwerdenlibell des Gegners zur Erklärung mitgetheilt wird. — Nach einem in von der Nahmer's Sammlung Th. 2. Nro. 5. bereits abgedruckten, auf Vortrag von Zweifeln von Seiten des H. Oberappellationsgerichts am 24. Julius 1822 ergangenen Rescripte des H. Staatsministeriums sind dieselben so zu verstehen, daß der Appellat, welcher durch Adhäsion eine reformatio in pejus begehrt hat, dieses Rechts dadurch nicht verlustig wird, wenn er die vom Richter recipirte Appellation des Gegners für desert zu erklären antragt. Denn, heißt es in diesem Rescripte weiter, das Gesetz rede blos von Anträgen, indem ohne eine giltig recipirte Appellation eine Adhäsion undenkbar sey.

Zu §. 113.

Hiernach wird, wenn ein neues Interlocut gefällt wird, die Zurücksendung in der Regel zu bewirken seyn, da nach Bestimmung der Verordnung vom 13. December 1825 pos. II. ohne neues Vorbringen Verhandlungen in der Appellationsinstanz in Bezug auf das

Verfahren über Festsetzung des Streitpunktes selten vorkommen werden, vielmehr der höhere Richter bei unvollständiger Verhandlung über das bereits Vorgetragene im mündlichen Verfahren meistens den Actenschluß rescindiren wird; während, wenn schriftlich verhandelt wurde, die in den §§. 15. 18. und 20 der Prozeßordnung angedrohten Rechtsnachtheile eintreten.

Zu §. 114.

Es kam früher häufig vor, daß solche Beschwerden den H. Hof- und Appellationsgerichten in der Art vorgetragen wurden, daß ein H. Amt die Ertheilung eines Zahlungsbefehls auf mündliches Ansuchen verweigert habe. Da hier nun alles auf mündlichem Hin- und Herreden beruhte, so fehlte es den Obergerichten an einer Basis der Entscheidung über die Beschwerde. Die H. Aemter sind daher angewiesen worden, daß sie, wenn eine Parthei wegen eines nach ihrer Ansicht ungegründeten, zufolge des §. 4. der Prozeßordnung zu verwerfenden Anspruchs ein Mandat verlangen, und nach angemessenen, nicht eine voreilige Vorausankündigung der künftigen Sentenz gemachten Bemerkungen auf ihrem Verlangen bestehn sollte, über den Vortrag ein Protocoll aufnehmen, und ihre Ansicht über den Ungrund der Klage in einem motivirten Decrete aussprechen sollen.

Der Paragraph erwähnt nicht der Beschwerden wegen verzögerter und verweigerter Justiz, und wegen unbefugter, mit Hintansetzung der gesetzlichen Formen vorgenommenen Einschreitungen im Hülfsvollstreckungsverfahren.

Daß es bei den Klagen über verzögerte und verweigerte Justiz auf Appellationssumme und überhaupt auf Formalien nicht ankomme, ist gemeinrechtlich außer Zweifel, und auch in unserer Gerichtspraxis wird diese nothwendige Einwirkung der höheren Gerichte besonders der Herzoglichen Hof- und Appellationsgerichte auf die Herzoglichen Aemter mit dem besten Erfolge geübt.

In Bezug auf die Beschwerden im Hülfsvollstreckungsverfahren sind dagegen die Ansichten der Gerichte darüber, ob Appellationssumme erforderlich sey, um den höhern Richter anzugehen, verschieden. Während die H. Hof- und Appellationsgerichte solche Beschwerden ohne Rücksicht auf Appellationssumme stets annehmen, schlagt das H. Oberappellationsgericht dieselben als nicht erwachsen ab, wenn die Oberappellationssumme nicht vorhanden ist; es sey denn, daß das zu vollziehende Erkenntniß von dem H. Oberappellationsgerichte selbst ausgegangen wäre. Ich bezeichne hier das Decret dieses Gerichts vom 9. März 1836 auf die Beschwerde des D. Nassauer zu Idstein gegen die hofgerichtliche Decretur vom 11. November 1835 in dem von ihm gegen Chr. Junior bei dem H. Amte zu Idstein erwirkten Hülfsvollstreckungsverfahren.

Diese Verschiedenheit des Verfahrens mag in dem Unterschiede der Stellung der Mittelgerichte und des höchsten Gerichts ihre Begründung finden.

Es ist übrigens klar, daß alle Beschwerden dieser Art an sich keinen Suspensiveffekt haben, vielmehr der Unterrichter erst dann mit dem Verfahren einhält, wenn der Oberrichter dasselbe inhibirt; eine Inhibition ist aber stets darin enthalten, wenn der Oberrichter dem

Unterrichter aufgibt über eine solche Beschwerde unter Anschluß der Acten Bericht zu erstatten.

Zu §. 115.

Daß eine solche Beschwerde nach Analogie der Vorschrift in XI. 6. der Verordnung vom 13. December 1825 nur bei dem unmittelbar vorgesetzten Gerichte vorgebracht werden könne, und wegen von den H. Aemtern angesetzter Strafen, wenn das betreffende H. Hof- und Appellationsgericht die dagegen erhobene Beschwerde verworfen hat, ein nochmaliger Recurs zur dritten Instanz nicht statthaft sey, ist von dem H. Oberappellationsgerichte bereits in mehrern Fällen entschieden worden.

Dasselbe Gericht hat ferner den Grundsatz wiederholt ausgesprochen, daß solche Beschwerden nothwendig und bei Vermeidung des Verlustes bei der ersten Gelegenheit vorgebracht werden müssen, wo die Acten wegen eingelegter Berufung dem höhern Gerichte vorgelegt worden sind.

Zu §. 116.

Zu denjenigen Fristen, welche noch am ersten Tage nach den Ferien gewahrt werden können, gehört, wie auf erhobene Zeifel von dem H. Staatsministerium durch ein Rescript vom 13. Mai 1824 bemerkt worden ist, auch die Rechtfertigungsfrist der Appellation.

Zu §. 117.

Dieser Vorschrift gemäß werden solche Erstreckungsdecrete der Fristen so gefaßt: Wird die durch das De-

cret vom ꝛc. in den Lauf gesetzte Frist um ꝛc. Tage erstreckt.

Zu §. 118.

Durch diese zweckmäßige Bestimmung sind die in früherer Zeit häufigen Verabredungen der Anwälte keine Contumacialanzeigen zu machen, und auf diese Art gegen die Absicht ihrer Mandaten durch reciproke Begünstigung der Unthätigkeit die Prozesse zu verschleifen beseitigt worden.

Daß nach dieser Bestimmung von Erstreckung irgend einer Frist durch Uebereinkunft unter den Partheien die Rede nicht seyn kann, ist klar. Die mancherlei Controversen des gemeinen deutschen Prozesses hierüber haben daher ihre Erledigung gefunden.

Zu §. 119.

Solche Scheine für die Parthei kommen nicht mehr vor, seitdem alle Decrete doppelt ausgefertigt und jedem Theile insinuirt werden. Auf den Decreten bemerkt der Gerichtsdiener den Tag der vollzogenen Insinuation, so wie in sein Tagebuch und auf das in den Acten befindliche Concept des Decrets. Werden Decrete durch die H. Schultheißen insinuirt, so senden sie dem Gerichte eine Bescheinigung über die bewirkte Insinuation ein, welche zu den Acten genommen wird.

Zu §. 121. und 122.

Die Strenge dieser Bestimmungen ist früher häufig angegriffen worden; es hat sich indessen auch hier durch die Erfahrung bewährt, wie richtig es ist, was Gönner in den

Motiven zum Baierischen Gesetze von 1819 sagt, daß nämlich Gesetze mit falschem Mitleiden verfaßt, oder unzeitig schonende Richter die Menschen zum Mißbrauche erziehen; ein ernsthaftes Gesetz und ein strenger Richter sie aber zur Ordnung gewöhnen.

Die Anwälte des Herzogthums haben sich zum großen Nutzen für Beförderung der Justiz nunmehr so eingerichtet, daß Gesuche um eine dritte Fristerstreckung, und Restitutionsgesuche wegen versäumter Fristen selten geworden sind.

Zu §. 123.

Ein Restitutionsgesuch wegen versäumter Fristen, wovon die Frist oder der Termin zur Beweisantretung keine Ausnahme macht, muß der Regel nach bei demjenigen Richter vorgebracht werden, bei welchem die Frist versäumt worden ist, nicht bei dem höhern, auch wenn die Sache schon einmal durch Appellation in die höhere Instanz gelangt, und mit einem bestätigenden, oder abändernden Beweisinterlocute dem Unterrichter zurückgesendet worden seyn sollte. So erkannte namentlich das H. Oberappellationsgericht am 12. October 1836 in einem Prozesse zwischen der Wittwe Oho als Klägerin gegen die Ehefrau Decius als Beklagte, in welchem die H. General-Domänen-Direction als Litisdenunciatin die Führung des Prozesses für die Beklagte übernommen hatte, und nach §. 127 der Prozeßordnung neue Einreden vorbringen wollte.

Gegen die auf ein solches Gesuch ergehende Decretur kann bei der nächsten zulässigen Berufung nach §. 98. der Prozeßordnung die etwaige Beschwerde geltend gemacht werden.

Inwieferne Restitution gegen Präclusionen der untern Instanz in der Appellationsinstanz nachgesucht werden kann, bestimmt der §. 110. der Prozeßordnung.

Zu §. 124.

Diese Unmöglichkeit kann auch in irrigen richterlichen Decreturen ihren Grund haben z. B. wenn der Richter auf einen entschuldbarer Weise verspätet eingereichten Schriftsatz so decretirte, als ob derselbe zeitig übergeben worden wäre; oder wenn der Unterrichter in Fällen, wo der §. 105 der Prozeßordnung nur eine einmonatige Rechtfertigungsfrist gestattet, in den Aposteln irrig eine zweimonatige Frist zur Rechtfertigung der Berufung vorbezielte ꝛc. Die Parthei, welche in Gemäßheit solcher irrigen Decreturen mit Beruhigung ihre Sache gewahrt glaubte, erfahrt in solchen Fällen gewöhnlich erst in der folgenden Instanz das stattgefundene Versäumniß; es muß ihr daher erlaubt seyn alsdann noch ihre Restitutionsgründe vorzutragen, obgleich die gewöhnliche Restitutionsfrist verflossen ist.

Zu §. 127.

Die in Deutschland dem Rechtsmittel der Restitution gegen Sentenzen vorzüglich durch die Praxis des Reichscammergerichts gegebene Ausdehnung war besonders durch die Clausel des Restitutionseides, daß man das dermalen Vorgebrachte früher vorzubringen nicht für dienlich gehalten habe, ganz übermäßig geworden. Es lag hierin in Verbindung mit der weitern Ansicht, daß ein dem Richter übergebenes Restitutionsgesuch, (was

man denn gar häufig, ohne vorherige genaue Prüfung der Restitutionsgründe annahm, und mittheilte) den fernern Vollzug der Sentenz unbedingt hemme, eines der großen Gebrechen unserer Justizpflege, worin, wie ich schon oben zu §. 24 bemerkt habe, nur zu oft durch ein lobenswürdiges Streben nach Auffindung des materiellen Rechts das formelle nicht mehr herzustellen war. Ich habe Prozeßacten gesehen, worin das Reichscammergericht in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts Endurtheile erlassen hatte, welche aber durch Restitutionsgesuche erneuert, und so herum gezogen worden waren, daß sie nach Auflößung dieses Tribunals der That nach noch unentschieden lagen, und so an die Herzogl. Nassauischen Gerichte übergingen.

Der vorliegende Paragraph führt den Gebrauch dieses Rechtsmittels auf die der Natur der Sache gemäßen Grundsätze des römischen Rechts mit der alleinigen Ausdehnung zurück, daß auch ohne Concurrenz anderer Gründe wegen neuer entscheidender brieflicher Urkunden Restitution verlangt werden kann, wenn der darum Nachsuchende auf andere Art, als durch seinen Eid beweißt, daß er sie ohne seine Schuld vor dem rechtskräftigen Urtheile nicht kannte, oder erst nach demselben entdeckte. Daß nämlich dieses der Sinn des Gesetzes sey, ist dem H. Oberappellationsgerichte auf den Vortrag von Zweifeln von dem H. Staatsministerium durch ein Rescript vom 13. Mai 1824 (abgedruckt in von der Nahmer's Sammlung ꝛc. Band 2 Nr. 6) eröffnet worden, und so ist dasselbe bisher zur Anwendung gekommen.

Dasselbe Rescript bestimmt, daß das Rechtsmittel der Restitution gegen eine Sentenz stets im Wege

einer ordentlichen Klage bei dem Richter erster Instanz vorgebracht, und darüber im ordentlichen Prozesse verhandelt werden soll. Auf einen weitern Vortrag des H. Oberappellationsgerichts ist diese Bestimmung durch ein zweites Ministerialrescript vom 15. September 1826 dahin erläutert worden, daß diese Klage stets bei demjenigen Gerichte vorzubringen sey, welches in der Reihenfolge der Instanzen das angegriffene Urtheil zuerst erlassen habe. Wenn daher auch ein Urtheil der untern Instanz in der höhern bestätigt worden wäre, so ist die Restitutionsklage dagegen demohngeachtet bei dem Unterrichter anzubringen. Hat aber das höhere Gericht ein abänderndes Erkenntniß erlassen, so muß dieselbe bei diesem angebracht werden.

Nach römischem Rechte, worauf sich unser Gesetz bezieht, kann Restitution gegen rechtskräftige Urtheile nachgesucht werden,

1) wenn sie auf falsche Beweismittel gebaut sind; Tit. Cod. si ex falsis instrumentis (7. 58.) l. 33 D. de re judicata (42. 1)

2) wenn dieselben auf einem gegen besseres Wissen des Schwörenden abgelegten Eide, oder einem durch neu aufgefundene Documente sich als falsch darstellenden vom Richter auferlegten Eide beruhen;
l. 31 D. Jure jurando (12. 2)

3) wenn nach entschiedener Sache der Anwalt der Prävarication überführt wird;
l. 1. Cod. de advoc. divers. judiciorum (2. 7) endlich

4) aus den in dem prätorischen Edicte enthaltenen Restitutionsgründen, mit Ausnahme des Irrthums.

l. 33 D. de re judicata (42. 1)
Tit Cod. si adversus rem jud. (2. 26)
l. 1. 6. D. de in integr. restit. (4. 1)
l. 1 l. 9 §. 4. l. 14. §. 6. D. quod metus causa. (4. 2)
l. 1. §. 1. l. 20 §. 1. l. 25. D. de dolo malo. (4. 3)
l. 7. Cod. de juris et facti ignor. (1. 18)

Daß Kirchen und milde Stiftungen schon nach canonischem Rechte den Minderjährigen gleich zu achten sind, ist ausser Zweifel. Diese Vorrechte sind bei uns den Armenfonds in dem Gesetze vom 19. October 1816, den evangelischen und katholischen Central-Kirchenfonds durch die Gesetze vom 8. April 1818 §. 19 und vom 20. August 1831, dem Central-Studienfonds durch das Gesetz vom 24. März 1817 §. 31; der Civil-Wittwen- und Waisen-Casse durch das Gesetz vom 23. Dezember 1820 §. 4; der Pfarr-Wittwencasse durch jenes vom 8. April 1818; der Militär-Wittwencasse durch jenes vom 6. März 1828 §. 16 ausdrücklich verwilligt. In der die Schullehrer-Wittwencasse organisirenden Verordnung vom 2. November 1819 steht zwar davon nichts; ich zweifle aber nicht daran, daß die nämlichen Vorzüge auch diesem Fonds gebühren.

Daß dieselben Vorrechte auch dem Fiscus zuständen, wird zwar von vielen Rechtslehrern behauptet. In den Gesetzen,

l. 1. Cod. de officio ejus etc. (1. 56)
l. 4. Cod. ex quib. causis etc. (2. 54)
l 3 Cod. de jure reipubl. (11. 29)

welche unter dem Ausdruck respublica offenbar nicht den Fiscus, sondern die Stadtgemeinden verstehen,

(wie denn in l. 1 Cod. de vend. rebus civit. (11. 31) der Ausdruck respublica dem fiscus entgegengesetzt wird) während die weiter zu Begründung dieser Ansicht gewöhnlich angeführten Stellen l. 35 D. de re jud. (42. 1) und l. un. Cod. de sent. adv. fiscum (11. 9.) von einem solchen Privilegium nichts erwähnen, ist indessen eine solche Ansicht nicht begründet. Die H. Nass. Obergerichte haben sich auch schon in wiederholten Entscheidungen gegen das Dasein eines solchen Privilegs ausgesprochen. Als ein Beispiel aus neuester Zeit bezeichne ich das Erkenntniß des H. Oberappellationsgerichts vom 11. September 1833 in Sachen der H. General-Domänen-Direction gegen die Gemeinde Obernsdorf, wo dieser Gegenstand ausführlich erörtert worden ist. Diese Ansicht muß bei uns um so mehr als die richtige betrachtet werden, da in dem Edicte vom 11. November 1806 bestimmt vorgeschrieben ist, daß in allen zweifelhaften Fällen stets gegen den Fiscus entschieden werden soll.

Einen unserm Prozesse eigenthümlichen Restitutionsgrund bildet endlich die Bestimmung in §. 49 der Prozeßordnung.

Ueber die Zeit, binnen welcher die Restitution gegen eine Sentenz nachgesucht werden muß, schweigt unser Gesetz. Es ist eine gemeinrechtliche Controverse, ob die Vorschrift in

l. 7 Cod. de tempor. in integrum restit. etc. (2. 53.)

worin diese Zeit auf vier Jahre festgesetzt wird, auch auf die Restitutionen des Civilrechts Bezug hat, welche ich oben unter 1 bis 3 angeführt habe. Die Mehrzahl der Rechtslehrer z. B. Glück Pandecten-

Commentar §. 439 C. neigt sich zu der Meinung hin, daß aus solchen Gründen Restitution noch binnen 30 Jahren verlangt werden könne. Nach der allgemeinen Fassung der angeführten Gesetzstelle scheint mir indessen die Ansicht derjenigen Rechtslehrer die richtige, welche wie z. B. von Wening-Ingenheim Lehrbuch rc. §. 554 die Restitutionsfrist allgemein auf vier Jahre von dem Zeitpuncte an gerechnet, wo man Gelegenheit erhielt, die Klage vorzubringen, beschränken. Dieses ist dann bei Minderjährigen die Großjährigkeit, bei den in Staatsgeschäften Abwesenden die Zeit der Rückkehr; bei den Civilrestitutionen aber, wie bei dem dolus überhaupt die Zeit, wo der Verletzte die Thatsachen in Erfahrung brachte, oder die Beweismittel auffand, welche die Restitution begründen. Mir wenigstens scheint es ganz gegen die Absicht des Gesetzes, welches sogar binnen denselben vier Jahren den Prozeß beendigt wissen will, zu seyn, wenn man in solchen Fällen dem Vorletzten gestatten wollte, nach erhaltener Kenntniß von diesen Thatsachen und Beweismitteln die Sache noch viele Jahre liegen zu lassen. Nimmt man diese Theorie an, so hören auch alle die vielen Verwicklungen auf, welche aus der gegentheiligen Ansicht —

Thibaut über Besitz und Verjährung §. 49

nothwendig hervorgehen.

Von dem Vorbringen eines Restitutionsgesuchs gegen eine Sentenz per modum exceptionis kann, wie dieses dann auch gemeinrechtlich

Glück Pandekten-Commentar §. 435.

nach richtiger Ansicht behauptet werden muß, dem oben angeführten Ministerialrescripte zufolge bei uns keine Rede seyn. Wohl aber wird der um Vollzug einer Sentenz

angegangene Richter, wenn eine solche Restitutionsklage bei ihm, oder, wenn er die angegriffene Sentenz nicht selbst erlassen hat, einer vorgelegten glaubhaften Bescheinigung zufolge bei dem hierzu competenten Richter übergeben worden ist, sich veranlaßt finden, bis zur Entscheidung über die Restitutionsklage die Hülfsvollstreckung zu sistiren.

Zu §. 129. — 133.

Ueber die Pflichten der Anwälte, namentlich die äußere Form und die innere Einrichtung der Schriftsätze, die Verzeichnung der Gebühren, die Abstellung überflüßiger Anlagen der Schriftsätze, und von den Gesetzen nicht verlangter, dem Gegner bekannter Duplicate dieser Anlagen, die Ernennung von Substituten für Verhinderungsfälle rc. sind von den Obergerichten mehrere Vorschriften erlassen worden, welche ich, da sie nicht von allgemeinem Interesse sind, hier übergehe.

Zu §. 134.

Nach den Rescripten des H. Staatsministeriums vom 1. Juni und 8. Juli 1825 (Beilage Nr. 4 zum Intelligenzblatte jenes Jahrs) ist die Vorschrift dieses Paragraphen nur von wirklich recipirten Procuratoren zu verstehen, jedoch ohne Unterschied, ob der Procurator bei dem Gerichte, wo der Prozeß verhandelt wird, oder einem andern angestellt ist.

Uebrigens bezieht sich diese Bestimmung ausschließlich auf formelle Fehler, nämlich darauf, wenn der Anwalt es unterließ, zu rechter Zeit zu handeln. Wegen materieller Fehler in dem Inhalte der zu rechter Zeit übergebenen Schriften, wohin auch Omissionen

gehören, kann aus diesem Grunde nie Restitution gesucht werden, indem das Gesetz die Partheien, welche vor den Obergerichten Prozesse führen, blos dazu nöthigt, daß sie sich eines recipirten Procurators zur Exhibition ihrer Schriftsätze bedienen, während die Wahl des Schriftenverfassers ihnen frei steht, hier also das gewöhnliche Mandatsverhältniß eintritt. Hiernach haben die Gerichte des Herzogthums stets erkannt.

Zu §. 135.

Hierhin gehört auch die Informationsgebühr, wie dieses in dem Generalerlasse des H. Hof- und Appellationsgerichts zu Wiesbaden vom 22. November 1831 ausdrücklich bemerkt ist.

Zu §. 136.

Wegen der Competenz der beiden H. Hof- und Appellationsgerichte in persönlichen Klagen gegen den H. Landessteuer-Fiscus und den H. Domanial-Fiscus, wie auch die unter der Verwaltung der H. Landes-Regierung stehenden Centralfonds enthält die Verordnung des H. Staatsministeriums vom 19. August 1822 (Verordnungsblatt Nr. 11) die näheren Bestimmungen dahin, daß

1) für alle Klagen aus Verträgen gegen den H. Landessteuer- und H. Domanial-Fiscus und die Centralfonds des Herzogthums ausschließlich dasjenige H. Hof- und Appellationsgericht competent seyn soll, bei welchem das forum contractus begründet, in dessen Gerichtsbezirk also der ausbedungene Ort der Erfüllung des Vertrags gelegen ist;

2) bei allen auf eine Realität sich beziehenden persönlichen Klagen der Ort der belegenen Sache in

der Art entscheidet, daß, wenn eine solche Realität in beiden Hof- und Appellationsgerichts-Bezirken liegen sollte, dem klagenden Theile die Wahl des anzurufenden Gerichts überlassen bleibt; daß dagegen

3) alle sonstigen persönlichen Klagen gegen den Landessteuer- oder Domanial-Fiscus und die Central-fonds bei dem H. Hof- und Appellationsgerichte zu Wiesbaden (nunmehr Usingen) anzubringen sind.

In Bezug auf den inländischen Adel ist durch ein Ministerialrescript vom 14. Februar 1824 verordnet, daß den im Herzogthum mit Grundeigenthum angesessenen Adlichen der befreite Gerichtsstand in denjenigen persönlichen Klagsachen zustehen soll, welche aus einem im Lande geschlossenen Vertrage herrühren, und in Ansehung derer sich der Gerichtsstand des Contracts als gegründet darstellt.

Nach einem weitern Rescripte dieser höchsten Behörde vom 21. October 1826 behält die geschiedene Ehefrau den privilegirten Gerichtsstand des Ehemannes.

In Bezug auf elternlose Kinder verstorbener Staatsdiener hat sich die Praxis der Obergerichte dahin ausgebildet, daß dieselben den privilegirten Gerichtsstand der Eltern genießen, so lange sie unter Vormundschaft als Minderjährige stehen, nicht aber wenn nach erlangter Großjährigkeit eine Vormundschaft wegen Blödsinn, oder Verschwendung über sie eingerichtet werden sollte.

Ueber den persönlichen Gerichtsstand der Militärpersonen liegen folgende gesetzliche Bestimmungen vor:

1) Nach dem Edicte vom 9/11. September 1815 haben alle Militärpersonen, welche einem Regimente zugetheilt sind, in erster Instanz ihren Gerichtsstand bei persönlichen Klagen vor dem betreffenden Regimentsge-

richte. Ausgenommen sind die Regimentschefs, welche nach einem Ministerialrescripte vom 7. Dezember 1816 in erster Instanz unmittelbar unter demjenigen H. Hof- und Appellationsgerichte stehen, in dessen Bezirke sich das Staabsquartier des Regiments befindet; sodann die Regimentsauditeure, wovon nach einem Ministerialrescripte vom 4. November 1822 jeder unter dem Militärgerichte des andern Regiments in erster Instanz steht.

Die dem Generalstaabe zugetheilten Militärpersonen, so wie nach dem Generalbefehle vom 27. August 1822 auch die gesammte Artillerie haben in erster Instanz ihren Gerichtsstand vor dem General-Auditoriate; der General und der General-Auditeur aber stehen in erster Instanz unter der Gerichtsbarkeit des H. Hof- und Appellationsgerichts ihres Wohnsitzes.

2) Nach dem angeführten Gesetze von 1815 in Verbindung mit der Ministerialverordnung vom 14. Mai 1825 geht von allen Militärgerichten die Appellation an dasjenige H. Hof- und Appellationsgericht, in dessen Bezirke das Staabsquartier der betreffenden Truppenabtheilung seinen Sitz hat.

Die Bedingungen der formellen Statthaftigkeit dieser Berufung und weiterer an das H. Oberappellationsgericht werden nach den Vorschriften der Prozeßordnung beurtheilt.

Daß übrigens auf das Verfahren vor den Militärgerichten die nämlichen Principien zur Anwendung kommen, welche über das Verfahren bei den H. Aemtern bestehen, ist von den Obergerichten bereits in vielen Fällen ausgesprochen worden.

3) Ausgenommen von der Militärgerichtsbarkeit und der Gerichtsbarkeit der H. Aemter in erster Instanz un-

tergeben, sind die im unbewaffneten Urlaube befindlichen Unterofficiere und Soldaten.

4) Pensionirte Officiere, wohin auch die Chefs der Reserve-Compagnien gehören, haben ihren Gerichtsstand in erster Instanz unter dem H. Hof- und Appellationsgerichte, in dessen Bezirke sie wohnen. — Pensionirte Soldaten und Unterofficiere stehen in erster Instanz unter dem betreffenden H. Amte, mit Ausnahme der Reservefeldwebel, welche nach einer Verordnung vom 19. Mai 1836 in erster Instanz unter einer Militärjurisdiction in der Art stehen, daß dieselbe zu Wiesbaden, Eltville, Hochheim, Weilburg, Dietz, Limburg nnd Runkel von den betreffenden Regimentsgerichten, in den übrigen Amtsbezirken aber commissarisch von den H. Aemtern administrirt wird.

Zu §. 137.

Das Gesetz überläßt also über die Art der Anwendung seiner Vorschriften auf das amtliche Verfahren sehr vieles der Jurisprudenz. Wie sich die amtliche Praxis insbesondere in Gemäßheit der Verordnung vom 13. Dezember 1825 gestattet hat, habe ich bei den einzelnen Paragraphen angegeben.

Ich bemerke noch, daß nach feststehender Praxis auch in dem Verfahren vor den H. Aemtern alle Fristen peremtorisch bestimmt werden. Im mündlichen Verfahren treten nun die oben zu §. 16 erwähnten Begünstigungen der pos. VII. dieser Verordnung ein. Im schriftlichen Verfahren kann dagegen eine purgatio morae nicht statt finden, sondern das Präjudiz muß ausgesprochen werden, sobald der Gegner durch eine Contumacialanzeige darauf anträgt. Das H.

Hof- und Appellationsgericht zu Usingen hat diesen Grundsatz schon mehrmals ausgesprochen. Als Beispiel bezeichne ich das Erkenntniß vom 14. Januar 1834 in Sachen Basting gegen Graul, welches am 18. Juni 1834 von dem H. Oberappellationsgerichte bestätigt worden ist.

Wegen der letzten Position des Paragraphen beziehe ich mich auf das zu §. 5 Gesagte.

Zu §. 138.

Die Christferien beginnen nach gemeinschaftlicher Bestimmung der Obergerichte am 25. Dezember; die Ostern und Pfingstferien aber mit dem Donnerstage vor diesen Festen.

Zu §. 139.

Hiermit sind die ergänzenden Bestimmungen der Verordnung vom 21. Mai 1826 (Verordnungsblatt Nr. 8) und jene in pos. VII. der Verordnung vom 13. Dezember 1825 in Verbindung zu setzen. Ich bemerke über die Art der Auslegung und Anwendung dieser verschiedenen Verordnungen folgendes:

1) Informationsgebühr erhalten die Vertreter in dem mündlichen Verfahren bei den H. Aemtern da nicht, wo es sich blos um Beitreibung liquider Schulden handelt nach einem Rescripte des H. Staats-Ministeriums vom 28. Juli 1828.

2) Für Restitutionsgesuche gegen Sentenzen werden nach einem Ministerialrescripte vom 19. März 1825 die Gebühren einer Hauptschrift entrichtet; andere Restitutionsgesuche gehören unter die Cathegorie von pos IV. des Tarifs.

Zufolge eines bestehenden allgemeinen Gerichtsgebrauchs werden auch für die in §. 114 der Prozeßordnung gestatteten Beschwerden wegen Abweisung einer Klage ohne den Gegner zu hören, die Gebühren von Hauptschriften verwilligt.

3) Nach einer allgemein von allen Obergerichten angenommenen Interpretation kommt dem Procurator auch ein Drittheil der Informationsgebühr zu, welche auf von ihm exhibirten Schriften in Ansatz gebracht ist. Hat aber der Schriftenverfasser, weil er schon in einer frühern Instanz die Informationsgebühr bezogen hat, in der betreffenden weitern Instanz keine solche anzusprechen, so erhält auch der exhibirende Procurator keine.

4) Da die Procuratoren der höhern Gerichte nur für die formelle Einrichtung der Schriften, welche ihnen zur Exhibition bei dem Gerichte, wo sie angestellt sind, zugesendet werden, verhaftet sind, und sie dieselben ohne Rücksicht darauf, ob sie die darin enthaltenen Ausführungen für gegründet halten, oder nicht, exhibiren müssen, so folgt, daß denselben ihr Antheil an den Gebühren auch dann zugebilligt werden muß, wenn das Gericht sich veranlaßt finden sollte, die Gebühren des Schriftenverfassers wegen materieller Mängel zu streichen. Ein anderes ist es, wenn der Strich wegen formeller Fehler, z. B. mangelnder Competenz des Gerichts, klar fehlender Apellationssumme, Injurien ꝛc. erfolgt; in diesem Falle erhält auch der exhibirende Procurator nichts.

5) Unter den Worten „ausdrückliches Verlangen" in pos. IV. der Verordnung vom 21. Mai 1826 sind nur solche Briefe zu verstehen, welche ausser den im Gesetze vorgesehenen Benachrichtigungen speciell verlangt

worden wären. Das blose allgemeine Verlangen einer Parthei von allen Vorkommenheiten des Prozesses benachrichtigt zu werden, rechtfertigt solche Aufrechnungen nicht.

6) Behauptet der Anwalt, daß die Parthei ihm höhere Reisekosten versprochen habe, als ihm nach pos. XII. der Gebührenordnung zukommen, so muß es ihm überlassen bleiben, wenn die Zahlung nicht erfolgt, diesen Mehrbetrag im Wege einer ordentlichen Klage einzufordern, da eine gerichtliche Festsetzung solcher auf einer blosen Privatübereinkunft beruhenden Ansprüche nicht statt finden kann. Diesen Grundsatz hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen schon mehrmals z. B. in dem Decrete vom 7. März 1834 auf Beschwerde des Procurators von der Nahmer gegen das H. Amt zu Hochheim ausgesprochen.

7) Dasselbe Gericht hat ferner in mehreren Fällen z. B. durch Decret vom 6. Juni 1835 ad Nr. 3128 entschieden, daß die Bestimmung in XI. 2. der Verordnung vom 13. Dezember 1825, wonach eine in die Kosten verurtheilte Parthei dem Gegner die Kosten für Reisen des Vertreters vor Amte nicht zu ersetzen hat, auf nothwendige Reisen angestellter Procuratoren keinen Bezug hat; indem dieselbe blos den Zweck hat zu verhindern, daß nicht unter allerhand Vorwänden angeblicher Verhinderung zum persönlichen Erscheinen verpflichteter Partheien die Kosten der Prozeßführung durch das Auftreten von Winkeladvocaten vermehrt werden, und es offenbar nicht die Absicht seyn kann, daß auswärtige Partheien solche nöthige Kosten, welche überdieß häufig bedeutender geworden seyn würden, wenn eine entfernt wohnende Parthei die Reise selbst gemacht

hätte, aus ihrem Vermögen auch dann aufwenden sollen, wann der Gegner zum Ersatze der Prozeßkosten verurtheilt worden ist.

8) Nach §. 7. pos. VI. des Gesetzes vom 24. Mai 1828 werden die gerichtlich festgesetzten Gebühren der angestellten Procuratoren auf Anrufen von ihrem Clienten, so lange nicht wegen vorgebrachten Einwendungen ein contradictorisches Verfahren entsteht, ohne Gebrauch von Stempelpapier beigetrieben, wenn die gerichtliche Klage innerhalb Jahresfrist von Zeit des Verdienstes erfolgt. Dieses Jahr ist nach einem Rescripte des H. Staatsministeriums vom 10. October 1828 von der Zeit der definitiven Entscheidung des Prozesses, oder dessen Erledigung durch Vergleich, oder Verzicht, oder aber, wenn der Anwalt das Patrocinium früher aufkündigte, von dieser Zeit zu berechnen.

9) Die Obergerichte des Herzogthums setzen alle Gebühren der Advocaten und Procuratoren für schriftliche Eingaben, abgehaltene Termine und solche Reisen, deren Nothwendigkeit aus den Acten hervorgeht, sofort fest, und bemerken dieselben auf dem Decrete, welches auf die betreffende Handlung ergeht. Dasselbe zu thun ist den H. Aemtern in wiederholten Dienstweisungen aufgegeben worden.

Zu §. 140.

In dem oben schon angeführten Ministerialrescripte vom 2. Julius 1822 wird über diesen Paragraphen erläuternd bemerkt: Sein Sinn gehe nicht dahin, daß alle an dem 1. Juli 1822 schon anhängigen Prozesse auch nach den frühern Formen durchgeführt werden sollten; es sollten vielmehr die einzelnen Prozeßverhand-

lungen, die am 1. Juli gerichtlich weder von der Parthei, noch von dem Gerichte eingeleitet worden waren, obschon sie in einem bereits früher anhängig gemachten Prozeß vorkämen, dennoch nach der neuen Verordnung vorgenommen und beurtheilt werden.

Hiernach seyen also z. B. vor dem 1. Juli auferlegte Beweise, auch wenn sie nach dem 1. Juli angetreten würden, nach den frühern Vorschriften zu beurtheilen, und es könnten dabei noch Artikel und Fragstücke, so wie nach geführtem Beweise das purgatorium vorkommen; ferner sey die Nichtbeachtung einer vor dem 1. Juli gestatteten Frist nach den ältern Vorschriften zu verurtheilen rc.

Ich verweise wegen der allerdings sehr oft schwierigen, hinsichtlich unsers Gesetzes in Folge des Zeitablaufs nicht häufig mehr vorkommenden Frage über die Anwendung neuer Prozeßgesetze vorzüglich auf Mittermaier's gelungene Abhandlungen im Archive für civilistische Praxis Bd. 3. Nro. 12. und Bd. 10. Nro. 4.

Von der Vollstreckung der Urtheile.

Ueber das Verfahren bei der Hülfsvollstreckung schweigt das Gesetz vom 23. April 1822.

Es bestehen hierüber in dem Herzogthum Nassau die hier folgenden Vorschriften.

§. 1.

Die Vollstreckung rechtskräftiger Erkenntnisse gehört zum Ressort der H. Aemter. Nur die Beschlagnahmen der Dienstgehalte der H. Hof- und Staatsdiener und der Militärpersonen, welche von den H. Hof- und Appellationsgerichten und den H. Militärgerichten zu Vollziehung ihrer Erkenntnisse nach Lage der Sache verfügt werden, machen davon eine Ausnahme.

Beruht das Hülfsvollstreckungsverfahren auf einem in dem Mandatsverfahren erlassenen Contumacialurtheile, so werden darüber keine besondern Acten angelegt, sondern die ergehenden Decrete dem Impetranten eingehändigt. Gründet sich dasselbe aber auf ein nach erfolgten Verhandlungen ergangenes Urtheil, so bildet es, mag nun das um Hülfsvollstreckung angegangene H. Amt selbst das Urtheil erlassen haben, oder dasselbe auf eine von seinem Erkenntnisse eingelegte Berufung in höherer Instanz ergangen seyn, eine Fortsetzung der Verhandlungen dieses Prozesses. Alle ergehenden Decrete müssen daher in diese Acten aufgenommen werden.

Ist das Urtheil in einem Prozesse ergangen, worin ein H. Hof- und Appellationsgericht Richter erster Instanz war, so verfügt dasselbe auf Anrufen des Siegers

Execution, und beauftragt das von demselben bezeichnete H. Amt, in dessen Bezirke sich zur Hülfsvollstrekkung geeignete Gegenstände finden sollen, auf Anrufen die weitern Schritte zu thun. Hierüber ist denn bei Amte ebenfalls ein ordentlicher Actenverfolg anzulegen.

Eine Vorschrift darüber, wie lange ein Urtheil auf Anrufen des Siegers ohne weiteres vollzogen werden kann, und wann ex re judicata eine neue Klage angestellt werden muß, fehlt. Das königl. preußische Landrecht gestattet einen Antrag auf Hülfsvollstreckung nur innerhalb fünf Jahren von erlangter Rechtskraft des Urtheils an gerechnet; nach Ablauf dieser fünf Jahren bleibt es dem Kläger überlassen die Judicatsklage anzustellen. Diese Bestimmung dürfte sich meiner Ansicht nach zur Nachahmung empfehlen.

Daß ein successor singularis stets eine ordentliche Judicatsklage anstellen muß, wurde durch ein von dem H. Oberappellationsgerichte am 28. September 1836 bestätigtes Erkenntniß des H. Hof- und Appellationsgerichts zu Dillenburg in Sachen Balthasar Münch gegen Ehefrau Wenzel entschieden. — Vermöge der allgemeinen Bestimmung in §. 11. der Prozeßordnung über die Legitimation zur Sache scheint dasselbe auch von dem successor universalis gelten zu müssen.

§. 2.

Die Vollziehung eines nicht von dem angegangenen Richter selbst, sondern von einem andern inländischen, oder ausländischen Gerichte erlassenen Erkenntnisses kann nur im Wege der Judicatsklage nachgesucht werden. Die Verordnung vom 13. December 1825 enthält hierüber folgende Vorschriften:

„Rechtskräftige Erkenntnisse sind nicht auf Requi„sition, sondern auf Anrufen des siegenden Theils zu „vollziehen. Die Cognition des Richters, bei welchem „die Vollziehung nachgesucht wird, beschränkt sich nach „Anhörung des Verurtheilten darauf, ob das Urtheil „rechtskräftig geworden ist, ob der Anrufende derjenige „ist, welcher Rechte aus der Rechtskraft herleiten kann, „und ob nach der Rechtskraft Abschlagszahlungen ge„schehen sind. Einreden der Nullität, oder andere in „die Rechtmäßigkeit des Verfahrens eingreifende können „bei ihm nicht verhandelt werden. Doch steht es ihm „frei, auf die wahrscheinlich gemachte Einrede, daß das „Erkenntniß von einem incompetenten Richter erlassen wor„den sey, dem Imploranten eine Frist zu bestimmen, „binnen welcher er eine ihm günstige Verfügung des er„kennenden, oder des diesem vorgesetzten Gerichts aus„zubringen hätte."

Hiernach hat also das um Vollstreckung eines von einem andern Gerichte angegangene H. Amt dem Impetraten einen Termin anzuberaumen, worin ihm aufgegeben wird, sich über den Vortrag des Impetranten zu erklären, unter den Rechtsnachtheilen des Eingeständnisses der von demselben vorgetragenen Thatsachen und des Verlustes nach dem Gesetze zulässiger Einreden. Bleibt der Impetrat aus, so wird derselbe nach den Grundsätzen des Mandatsverfahrens verurtheilt, und die Hülfsvollstreckung erkannt; erscheint er aber, so muß über seinen Vortrag verhandelt und entschieden werden.

Ist das Urtheil, dessen Vollstreckung verlangt wird, von einem ausländischen Gerichte ergangen, so muß der Impetrant nach Vorschrift der Rescripte des H. Staats-Ministeriums vom 16. Juli 1818 und 16. August 1828

eine Bescheinigung darüber beibringen, daß auch die Urtheile der H. Nass. Gerichte in dem betreffenden Staate vollzogen werden, wenn dieses Verhältniß dem Gerichte nicht schon auf andere Art unzweifelhaft bekannt ist.

Genießt derjenige, gegen welchen ein von einem ausländischen Gerichte ergangenes Urtheil vollstreckt werden soll, den privilegirten Gerichtsstand, so muß der Sieger sich an das betreffende H. Hof- und Appellationsgericht wenden; welches, wenn es nach erfolgter Verhandlung das in Frage befangene Urtheil durch ein neues Erkenntniß für vollstreckbar erklärt, mit dessen Vollziehung auf Anrufen das von dem Sieger bezeichnete H. Amt beauftragt.

Da es übrigens einem Condemnaten nicht gestattet seyn kann, durch fortgesetzte Behauptungen nach dem Urtheile geleisteter Zahlungen alle Rechtshülfe illusorisch zu machen, so wird der Richter eine erkannte Hülfsvollstreckung aus diesem Grunde nur dann sistiren wenn der Condemnat die behauptete Zahlung sofort auf eine nicht unglaubwürdige Weise bescheinigt. Kann er dieses nicht, so ist die Hülfsvollstreckung fortzusetzen, und es bleibt dem Condemnaten, wenn er wirklich bezahlt haben sollte, überlassen das in Gemäßheit der fortgesetzten Hülfsvollstreckung weiter Bezahlte zu condiciren; indem diese Hülfsvollstreckung mit dem Wegfallen der Forderung ex re judicata, worauf sie beruht, sich rückwärts als nicht begründet darstellen würde.

Das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen hat diesen Grundsatz schon in mehreren Fällen ausgesprochen; als Beispiele bezeichne ich die Relevanzbescheide vom 27. December 1834 in Sachen Fussinger gegen Horstmann,

und vom 3. Februar 1836 in Sachen Karl Bermann gegen Joseph Bermann.

So überzeugt ich nun auch von der Zweckmäßigkeit der durch die angeführte Verordnung erfolgten Aufhebung des Requisitionsverfahrens zu Vollstreckung der Urtheile bin, welches stets den requirirten Richter dem Condemnaten gegenüber in die falsche Stellung eines Vertreters des obsiegenden Theils versetzt, woraus denn nach frühern Erfahrungen Misgriffe aller Art entstehen — so hat doch die bisherige Erfahrung ebenfalls gezeigt, daß die Bestimmungen unserer Verordnung die Rechtshülfe erschweren, indem sie den Condemnaten gleichsam einladen durch allerhand Behauptungen die Vollstreckung rechtskräftiger Erkenntnisse zn verzögern. Ich würde wünschen bei einer künftigen Gesetzgebung diese Vorschriften dahin modificirt zu sehen, daß nicht nur die Urtheile inländischer Gerichte, sondern überhaupt der Gerichte aller zum deutschen Bunde gehörigen Staaten, mit alleiniger Ausnahme der Provinzen, worin noch die Bestimmungen des Artikels 14. des französischen Civilgesetzbuchs bestehen, von den Gerichten des Herzogthums auf Anrufen des Siegers ohne Einladung Einreden vorzubringen binnen fünf Jahren vollzogen würden, wenn deren Rechtskraft von dem erkennenden Gerichte auf glaubhafte Weise bescheinigt wäre. Etwaige gegründete Einreden, welche dem Condemnaten zustehen sollten, könnte er auch nach erkannter Execution immer noch vorbringen, und der Richter würde nach Befund die Hülfsvollstreckung sistiren.

§. 3.

Betrifft nun das zu vollstreckende Erkenntniß die Auslieferung einer Species, oder persönliche

Leistungen, so kommen bei uns ganz die gemeinrechtlichen Grundsätze zur Anwendung, wie dieselben in den Lehrbüchern über den gemeinen deutschen Prozeß z. B. von Linde Lehrbuch rc. §. 373 und 375 vorgetragen werden. Bei Verbindlichkeiten zu persönlichen Leistungen wird übrigens der Richter nach dem Principe der Zweckmäßigkeit unter den verschiedenen Mitteln wählen. Handelt es sich um Dienste, welche ihrer Natur nach nicht nothwendig von der Person des Verpflichteten geleistet werden müssen, so wird es in der Regel zweckmäßig seyn, wenn er den Sieger ermächtigt deren Leistung auf Kosten des Verpflichteten von einem Andern vornehmen zu lassen. In wichtigern Fällen der Art z. B. bei übernommenen größern Arbeiten an Gebäuden rc. wird öffentliche Begebung durch Vermittelung des H. Schultheißen hier oft am Platze seyn. In andern Fällen wird fortgesetzter Zwang durch Geldstrafen, oder auch die Einlegung eines Executanten zweckmäßig erscheinen, während wenn es sich um Rechnungsablage handelt, der Richter zur Beschlagnahme der Papiere und deren Uebergabe an einen Sachverständigen zu schreiten sich häufig veranlaßt sehen wird. Am Ende löst sich freilich bei jeder Verbindlichkeit etwas zu thun, oder zu unterlassen Alles in pecuniäre Entschädigung auf.

l. 13. §. 1. D. de re judicata. (42. 1.)

Eine Hülfsvollstreckung durch Verhaftung der Person des Verpflichteten ist unserm Gerichtsgebrauche fremd.

§. 4.

In Bezug auf das Hülfsvollstreckungsverfahren wegen Geldschulden bestehen dagegen in dem Herzogthume mehrere specielle Vorschriften.

Nach der durch §. 12 des Edicts vom 4. Juni 116 zum allgemeinen Gesetze erhobenen Instruction der H. Hofkammer vom 31. Mai 1814 beginnt das Hülfsvollstreckungsverfahren in der Regel durch Verfügung der Execution. Dieses Decret muß, wenn es nicht zugleich ein, alsdann nach pos. I. 3. der Verordnung vom 13. Dezember 1825 einzurichtendes, Contumacialerkenntniß ist, genau das rechtskräftige Urtheil bezeichnen, worauf es beruht.

Diese Execution als ernste Mahnung an Erfüllung der obliegenden Verbindlichkeit ist indessen nach §. 2 der gedachten Instruction keine nothwendige Bedingung des Uebergangs zur wirklichen Pfändung; diese ist vielmehr sofort zu erkennen, wenn die Schuld den Betrag von 100 fl. erreicht, oder wenn überhaupt nach den Verhältnissen des Schuldners von der Execution ein Resultat nicht zu erwarten ist. Das Auspfändungsdecret muß der vollzogenen Execution, oder, wenn ein solches Decret nicht vorausging, des Urtheils, worauf die Verfügung sich gründet, erwähnen, und genau ausdrücken, für welchen Betrag an Kapital, Zinsen und Kosten die Auspfändung erkannt wird. Wenn auf des Klägers Antrag der Auftrag zur Auspfändung an einen andern H. Schultheißen, als jenen des Wohnorts des Schuldners erlassen wird, so muß dieses auf dem Decrete bemerkt seyn.

Executions- und Auspfändungsdecrete, welche der Impetrant nicht binnen einem Monate nach deren Ausfertigung an den betreffenden H. Schultheißen abgibt, sind nach I. 5 der Verordnung vom 13. December 1825 erloschen. Die zu rechter Zeit übergebenen Decrete muß der H. Schultheiß in der Regel binnen drei Ta-

gen vollziehen, und mit der Vollzugsbescheinigung versehen dem Impetranten zu übersenden; sollten aber besondere Hindernisse den Vollzug binnen acht Tagen unmöglich machen, so hat er darüber an das H. Amt zu berichten. In den Fällen, wo ein solches Decret von einem angestellten Procurator erwirkt worden ist, hat das decretirende H. Amt dasselbe dem betreffenden H. Schultheißen selbst zur Vollziehung zu zu senden, und es demnächst mit der Vollzugsbescheinigung des H. Schultheißen versehn dem Procurator zum Zwecke weiteren Anrufens zu überschicken.

Zu §. 5.

In Bezug auf die Auswahl der Pfänder verfügt der dritte Paragraph der Verordnung vom 31. März 1814, daß zuerst entbehrliche Mobilien und Vieh, dann unbewegliche Güter, zuletzt das Zug- und Melkvieh — die Ackergeräthschaften, und des Handwerksgeschirr aber nur im äußersten Nothfalle gepfändet werden sollen. Unter gleich passenden Executionsobjecten sind stets diejenigen zu ergreifen, welche der darüber zu befragende Schuldner bezeichnet.

Ist von verschiedenen Gläubigern die Auspfändung gegen denselben Schuldner gleichzeitig erwirkt worden, so müssen, wenn dieses ohne bedeutenden Nachtheil für den Schuldner geschehen kann, für jede Forderung besondere Pfänder ergriffen werden. Die Auspfändung muß ferner wo möglich so viele Pfänder begreifen, daß drei Viertheile ihres Werths dem Betrage der eingeklagten Forderung mit Hinzurechnung der bereits entstandenen und der voraussichtlich noch entstehenden Ko-

sten gleich kommen. Gegen die Auswahl der Pfänder kann bei dem H. Amte, und wenn dort eine Remedur nicht erfolgt, auch bei dem betreffenden H. Hof- und Appellationsgerichte Beschwerde geführt werden, welche letztere an Förmlichkeiten nicht gebunden ist, aber auch an und für sich keinen Suspensiveffect hat. Sobald aber über eine solche Beschwerde Bericht erfordert worden ist, muß das H. Amt auch ohne besonders ausgedrückte Inhibition mit dem weitern Verfahren einhalten.

Bei dem Verfahren, wenn Ansprüche von Dritten auf das gepfändete Object gemacht werden, haben die Gerichte stets die gesetzlichen Bestimmungen in l 15 §. 4 und 5 D. de re judicata (42. 1.) befolgt. Finden sich keine von gegründeten Widersprüchen freie zureichende Vermögensstücke, so ist dieses ein hinlänglicher Grund das Verfahren wegen vermutheter Ueberschuldung des Vermögens einzuleiten. Als ein solcher gegründeter Widerspruch kann indessen, während der Dauer der ehelichen Gütergemeinschaft die Behauptung eines Ehegatten, daß das für eine Schuld des andern Gatten, oder eine gemeinschaftliche Eheschuld gepfändete Object sein ausschließliches Eigenthum sey, nicht betrachtet werden. Es muß demselben überlassen werden auf Trennung des Ehevermögens anzutragen, wenn er glauben sollte, daß in Folge fortgesetzter Vermögensverschleuderung seines Gatten durch Fortsetzung der Gütergemeinschaft sein Vermögen gefährdet sey. Mitunter wird übrigens der Richter durch solche Vorträge der Ehefrau sich veranlaßt finden das Verfahren wegen vermutheter Vermögensüberschuldung einzuleiten.

Bei activen, oder pensionirten Staatsdienern ist in Ermangelung anderer mehr geeigneter Executionsobjecte

ein Drittheil der Besoldung Gegenstand der Hülfsvollstreckung. Die betreffende Kassenbehörde ist nach den von dem H. Staatsministerium ertheilten Vorschriften verbunden den von dem Gerichte ihr zugehenden Anweisungen gemäß die Creditoren zu zahlen; sie rechnet dem Staatsdiener die von diesen ausgestellten Quittungen bei Auszahlung seiner Besoldung demnächst als Baarzahlung zu. Die nöthigen Mobilien der Staatsdiener können dagegen nach einem Rescripte des H. Staatsministeriums vom 27. Juli 1827 nicht gepfändet werden. Die Besoldungen der Gardisten des Corrections- und Zuchthauses, so wie der Criminalgefängnisse können ebenfalls zufolge eines Ministerialrescripts vom 27. Juli 1833 nicht Gegenstände der Hülfsvollstreckung seyn.

Daß ein von einem Gesinde, Handswerksgesellen, Handlungsdiener ꝛc. bereits verdienter, bei der Dienstherrschaft noch ausstehender Liedlohn gleich andern Activforderungen eines Debenten Gegenstand der Hülfsvollstreckung seyn kann, dagegen ein Liedlohn, welcher in Folge eines eingegangenen Dienstcontracts erst verdient werden soll, da derselbe die Natur von Alimenten hat, nicht durch eine Arrestanlage bei der Herrschaft zu einem Executionsobjecte gemacht werden kann, hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen bereits in mehrern Fällen entschieden. Als Beispiel bezeichne ich das Decret vom 11. November 1835 in Sachen Junior gegen Nassauer.

Ist eine Activforderung des verurtheilten Schuldners an einen Dritten gepfändet worden, so ertheilt die auf demnächstiges Anrufen des Gläubigers auszusprechende gerichtliche Immission, dem Immittirten nach Analogie der Vorschriften in l. 4. Cod. quae res pign. obl.

possunt etc. (8. 17.) ein Klagerecht gegen den davon durch den Richter zu benachrichtigenden Debenten seines Schuldners.

Zu §. 6.

Die Eingabe eines Ausstandsgesuchs hemmt nach der Verordnung vom 19. October 1822 die Fortsetzung der Hülfsvollstreckung nur in dem Falle, wenn sie vor erkannter Auspfändung erfolgt. Da übrigens die H. Hof- und Appellationsgerichte, zu deren Ressort dieser Gegenstand gehört, nur in sehr seltenen Fällen, wo bei erwiesenem unersetzlichem Schaden für den Schuldner bei sofortiger Zahlung, sichere Zahlungsmittel nach Ablauf der verlangten Frist nachgewiesen sind, und der Gläubiger ohne einen Nachtheil sein Geld entbehren kann, Ausstände ertheilen, und das H. Staatsministerium, an welches der Recurs von den hofgerichtlichen Verfügungen über Ausstandsgesuche gestattet ist, von derselben Ansicht ausgeht, so kommen dieselben nur noch selten vor.

Uebrigens sind die H. Aemter durch eine Verfügung des H. Staatsministeriums vom 19. October 1822 ermächtigt ausser den verordnungsmäßigen Zwischenräumen der verschiedenen Acte des Hülfsvollstreckungsverfahrens eine Zahlungsfrist von sechs Wochen zu ertheilen, wenn der mit hinreichendem Vermögen versehene Schuldner vor erkannter Auspfändung die Absicht erklärt, zur Abtragung seiner Schuld ein Kapital aufnehmen zu wollen.

Zu §. 7.

In Bezug auf die Vornahme von Zwangsversteigerungen dienen vor allem die Bestimmungen der Sub-

hastationsordnung vom 20. Februar 1751 zur Richtschnur. Ihr sind mehrere declaratorische Bestimmungen und Regulative des H. Staatsministeriums und der H. Hof- und Appellationsgerichte gefolgt, wodurch das Verfahren sich so ausgebildet erhalten hat, wie dasselbe in den folgenden Paragraphen dargestellt ist.

Zu §. 8.

Der Antrag auf Versteigerung geschieht bei Amte vermittelst Vorlage des vollzogenen Auspfändungsdecrets, welchem ein Verzeichniß und eine Taxation der gepfändeten Gegenstände und bei Immobilien auch das in den §§. 12 und 13 der Contractenordnung vorgeschriebene Zeugniß des betreffenden Feldgerichts beigefügt seyn muß.

Das Decret, wodurch das H. Amt die Versteigerung verfügt, muß neben der vollständigen Rubrik des Prozesses enthalten:

a) die Erwähnung der vorgenommenen und dem Beklagten gehörig bekannt gemachten Auspfändung;

b) die Bezeichnung der zu versteigernden Gegenstände, zu welchem Ende das Auspfändungsdecret mit seinen Anlagen beizuheften ist;

c) die Bestimmung der Schuldsumme an Kapital, Zinsen und Kosten, wofür die Versteigerung geschieht;

d) die Bezeichnung der Behörde, welche mit Vornahme der Versteigerung beauftragt wird.

Ob dieser Auftrag dem H. Landoberschultheißen, oder dem betreffenden H. Schultheißen zu ertheilen sey, wird bei Mobilien und nicht verhypothecirten Immobilien der Richter nach der Bedeutenheit des Werthes

der zu versteigernden Objecte ermessen. Sind zu versteigernde Immobilien schon gerichtlich verpfändet, oder mit einem Vorbehalte des Eigenthumsrechts von Seiten dritter Personen, welche nicht die Versteigerung erwirkt haben, behaftet, so muß nach den bestehenden Vorschriften der H. Landoberschultheiß mit Abhaltung der Versteigerung beauftragt werden. Dieser darf übrigens einen ihm ertheilten Versteigerungsauftrag nicht, wie mitunter geschah, weiter an die H. Schultheißen abgeben, sondern muß denselben selbst vollziehen.

Eine Ausfertigung dieses Decrets, in welcher übrigens hinsichtlich der zu versteigernden Gegenstände eine Bezugnahme auf den dem Beklagten bekannten Inhalt der Auspfändungsbescheinigung genügt, ist diesem zu zu stellen.

Uebrigens wird der Richter, wenn werthvolle Mobilien, wofür nach den Verhältnissen des Orts, wo sie sich befinden, annehmbare Gebote nicht zu erwarten sind, gepfändet worden sind, deren Hinbringung und Versteigerung an einen andern, wo eine größere Concurrenz zu hoffen ist, verfügen. Sollte sich ein solcher innerhalb des Amtsbezirks nicht finden, so wird das H. Amt durch Requisition die Vornahme der Versteigerung in dem Bezirke eines andern Amts veranlassen.

Zu § 9.

Die mit der Vornahme der Versteigerung beauftragte Behörde muß binnen acht Tagen, von demjenigen an gerechnet, wo ihr das mit dem praesentatum zu versehende Decret von dem Gläubiger übergeben, oder von dem H. Amte übersendet worden ist, (worüber sie eine Bescheinigung anzustellen hat) das Verfahren durch

Erlassung der nöthigen Bekanntmachungen beginnen, und dasselbe ohne irgend eine Verzögerung fortsetzen. Nur eine zu protocollirende mündliche, oder eine in glaubhafter Form schriftlich ihr zugestellte Erklärung des Gläubigers kann eine Aussetzung des Verfahrens rechtfertigen, von welcher sie unter Zurücksendung des Versteigerungsauftrags mit Vorlage des Antrags des Gläubigers dem H. Amte sofort die Anzeige zu machen hat.

Bei Mobiliarversteigerungen darf der Termin der Versteigerung nicht weiter, als auf acht bis zehn Tage hinausgesetzt werden. Bei ihnen genügt eine einmalige Bekanntmachung in den benachbarten Ortschaften, nnd eine zweimalige an dem Wohnorte des Schuldners. Bei der Versteigerung von Immobilien muß dagegen die Bekanntmachung dreimal sowohl an dem Orte der Versteigerung, als auch in den benachbarten Ortschaften von vierzehn zu vierzehn Tagen erfolgen.

Zu §. 10.

Gleichzeitig mit der öffentlichen Bekanntmachung sind schriftliche Aufforderungen an den Gläubiger und Schuldner zu erlassen, worin ihnen der Tag der Versteigerung bekannt gemacht und es ihnen überlassen wird wegen Festsetzung der Zahlungstermine, Erhebung der Gelder, und anderer zu machenden Bedingungen der Versteigerung die geeigneten Anträge zeitig vorzubringen. Wenn gerichtlich verhypothecirte Immobilien auf Antrag eines andern Gläubigers zur Versteigerung kommen (was nur dann geschehen darf, wenn andere Executionsobjecte nicht vorhanden sind, in welchem Falle aber stets so viel versteigert werden muß, daß der Hypothekargläubiger vorerst aus dem

Erlöse vollständig befriedigt wird, wenn er nicht in ein anderes ausdrücklich einwilligt) so muß auch an den Hypothekargläubiger eine solche Aufforderung ergehen. Der gerichtlichen Verpfändnng steht übrigens der Fall ganz gleich, wo auf den zu versteigernden Immobilien ein Vorbehalt des Eigenthums dritter Personen haftet. Für diese Aufforderungen haben die H. Hof- und Appellationsgerichte specielle Formularien vorgeschrieben, worauf ich mich beziehe.

Zu §. 11.

In Bezug auf die Zeit der Zahlung und die Art der Erhebung der Gelder bei Zwangsversteigerungen bestehen folgende Vorschriften:

a) Mobilien müssen stets gegen gleich baare Zahlung bei deren Empfangnahme versteigert werden.

b) Bei Immobilien ist der Zahlungstermin, wenn eine andere Uebereinkunft der Interessenten nicht bis zum Anfange der Versteigerung angezeigt wird, nach einem Rescripte des H. Staatsministeriums vom 1. April 1828 wenn ihr Gesammtwerth nach der feldgerichtlichen Taxation die Summe von 50 fl. nicht übersteigt, auf vier bis sechs Wochen festzusetzen. Uebersteigt derselbe diese Summe, so können mehrere Zahlungstermine bestimmt, und dieselbe bei einem Taxationswerthe bis zu 300 fl. bis zu einem Jahre, bei einem solchen bis zu 1000 fl. bis zu zwei Jahren, und bei einem Werthe über 1000 fl. bis zu drei Jahren hinausgerückt werden.

Diese Bestimmungen sollen jedoch nirgends zur Verlängerung, sondern lediglich zur Abkürzung der bisher üblichen Termine führen. Wo daher bisher kürzere gebräuchlich waren, so sollen diese beibehalten wer-

den. In Bezug auf Festsetzung der einzelnen Zahlungstage sind ebenfalls die ortsüblichen Gebräuche zu beachten.

Bei Concursen hat dagegen der Richter in dem Versteigerungsauftrage stets vorzuschreiben, wann das letzte Steigziel eingehen muß; diese Zeit darf nie über zwei Jahre hinausgerückt werden.

Als Erheber der Steiggelder darf nie eine Corporation z. B. ein Feldgericht bestellt werden, da dieser frühere Gebrauch zu Verwirrungen aller Art geführt hat. Ueberhaupt muß die Bestellung des Erhebers stets in der Art erfolgen, daß derselbe als gemeinschaftlicher Beauftragter aller Interessenten, nicht als ein gerichtlich angeordneter Masseverwalter erscheint. Kommt daher vor Anfang der Versteigerung eine Vereinbarung darüber zwischen denselben nicht zu Stande, so werden in allen Fällen, wo dieses ohne Verwirrung zu veranlassen thunlich ist, die Steigerer angewiesen unmittelbar an die Berechtigten Zahlung zu leisten. Dieses muß namentlich ohne alle Rücksicht auf die Anträge des Schuldners geschehen, wenn verhypothecirte Güter auf Klage des Hypothekargläubigers zur Versteigerung kommen. Derselbe ist demnächst dem Schuldner zur Rechnungsablage über die eingenommenen Steiggelder verpflichtet. Wenn aber auf Klage eines andern Creditors eine als Pfand ergriffene Hypothek von mehreren Grundstücken zur Versteigerung kommt, so muß der H. Landoberschultheiß in den in dem vorhergehenden zehnten Paragraphen erwähnten Aufforderungen einen als Erheber tauglichen Feldgerichtsschöffen der Gemeinde, wo die Güter liegen, den Interessenten bezeichnen, mit der Ankündigung, daß wenn nicht eine übereinstimmende Ernennung eines andern Erhebers von

sämmtlichen Gläubigern zeitig einkomme, und die Immobilien nicht etwa an einen Steigerer kämen, welchem alsdann die unmittelbare Zahlung an alle Gläubiger überlassen werden könne, der bezeichnete Feldgerichtschöffe als ihr gemeinschaftlicher Mandatar zur Erhebung der Steiggelder, welcher nur ihnen und dem Schuldner verantwortlich sey, angesehen, als solcher den Steigerern im Versteigerungsprotocolle bezeichnet, und ihm ohne weitere Officialeinwirkung, jedoch mit der Weisung vor jeder andern Zahlung den Hypothekargläubiger zu befriedigen, die Verwendung der zu erhebenden Gelder überlassen werden würde.

Dasselbe Verfahren findet auch bei den Zwangsversteigerungen von Mobilien statt, indem wegen der bei der Empfangnahme zu verfügenden gleich baaren Zahlung ein Erheber hier unentbehrlich ist.

Der in Vorschlag gebrachte Feldgerichtschöffe ist verbunden gegen eine vom Schuldner zu entrichtende Gebühr, welche bei Mobilien drei, bei Immobilien aber zwei Prozente des zu erhebenden Betrags nicht übersteigen darf, die Erhebung der Steiggelder, und deren Verwendung nach den in dem Steigerungsprotocolle enthaltenen Bestimmungen zu besorgen. Diese Gebühren hat die versteigernde Behörde festzusetzen, und der Erheber kann sie von der Einnahme in Abzug bringen. Als gemeinschaftlicher Mandatar ist er demnächst allen Interessenten, dem Schuldner sowohl, als den Gläubigern zur Rechnungsablage verpflichtet.

Zu §. 12.

Das Protocoll über die an dem bezeichneten Orte, Tage und Stunde abzuhaltende Versteigerung muß enthalten:

a) die Anführung des amtlichen Auftrags zur Versteigerung, welcher mit seinen Anlagen dem Protocolle beizufügen ist;

b) die Bemerkung gegen wen, zu wessen Gunsten und für welchen Betrag an Kapital, Zinsen und Kosten die Versteigerung erkannt worden ist;

c) die Erwähnung, daß, wann und wo die Versteigerung gehörig publicirt worden ist, und daß die Bescheinigungen darüber den Interessenten und den Steigerern vorgelegt worden sind, mit Anführung etwaiger Einwendungen, welche dagegen erhoben worden sind, oder der Bemerkung, daß deren keine gemacht worden sind;

d) die Bezeichnung der Person des Erhebers mit Bemerkung, ob derselbe durch ausdrückliche Erklärung, oder in Gemäßheit stillschweigender Einwilligung der Interessenten bestellt worden ist, unter Beifügung des Concepts des an dieselben erlassenen Decrets, oder aber, wenn ein solcher nicht bestellt worden ist, die sonstigen Bestimmungen, welche nach den oben dargestellten Principien über die Art der Zahlung zu machen sind;

e) die Festsetzung der Zahlungstermine;

f) den Vorbehalt des Eigenthums- und etwaigen Hypothekenrechts, wie auch der amtlichen Genehmigung bei Immobilien;

g) die Festsetzung der Zeit bei Immobilien, während welcher die Ansteigerer an ihre Gebote gebunden bleiben, und bis zu welcher ihnen die Genehmigung der Versteigerung bekannt gemacht werden muß, wenn sie wirksam seyn soll; endlich

h) Bemerkungen darüber, in wie weit bei Immobilien für das angegebene Ruthenmaaß gehaftet werde; zu welcher Zeit der Genuß und die Lasten auf die Stei-

gerer übergehen; ferner etwaige besondere Bestimmungen über die Kosten der Versteigerung und Verbriefung, über Stellung eines Bürgen, Wahl unter den Meistbietenden rc. über deren Aufstellung die Interessenten übereingekommen seyn dürften.

Die H. Hof- und Appellationsgerichte haben über die Form dieser Protocolle in der Schultheißen-Instruction Muster mitgetheilt.

Zu §. 13.

Immobilien und zu den Pretiosen gehörende Mobilien sind mit drei Viertheilen des Taxationswerthes auszubieten, andere Mobilien ohne besonderes Angebot. Die Versteigerung wird so lange fortgesetzt, bis daß der Erlös hinreicht um den Gläubiger mit Kapital, Zinsen und Kosten zu befriedigen, und die dem Schuldner zur Last fallenden Kosten der Versteigerung und der Erhebung der Gelder zu decken. Sobald dieses der Fall ist, muß die Versteigerung als Zwangsversteigerung aufhören.

Der Genuß geistiger Getränke bei einer Versteigerung und überhaupt die Vornahme einer solchen in einem Wirthshause ist verboten. Derjenige, welcher die Versteigerung abhält, darf in keinem Falle selbst, oder durch andere von ihm beauftragte Personen mitbieten.

Zu §. 14.

Ist amtliche Genehmigung vorbehalten worden, oder aber ein Gebot nicht erfolgt, so muß das Protocoll binnen dreier Tage von der versteigernden Behörde an das H. Amt eingesendet werden. Die Entschließung über die Ertheilung, oder die Versagung der Genehmi-

gung innerhalb acht Tagen an die versteigernde Behörde gelangen zu lassen sind die H. Aemter verpflichtet. Diese muß sofort die Ansteigerer von der amtlichen Verfügung in Kenntniß setzen, und wenn die Genehmigung erfolgt ist, dem Schuldner und Gläubiger, oder dem von ihnen gemeinschaftlich bestellten Erheber einen Auszug des Protocolls zustellen. Der Herzogliche Landoberschultheiß fertigt demnächst nach den gesetzlichen Vorschriften die Steigbriefe aus, und legt sie zur Confirmation vor.

Das H. Amt darf übrigens einer formrichtig vorgenommenen Zwangsversteigerung, wobei ein annehmbares Gebot einer zahlungsfähigen Person erfolgt ist, ohne besondere Gründe die Genehmigung nicht versagen, und wird in der Regel nur auf gemeinschaftlichen Antrag des Gläubigers und Schuldners, oder auf ein nicht unbedeutendes Nachgebot einer zahlungsfähigen Person eine Wiederholung derselben verfügen. Bei wiederholten Versteigerungen sind Nachgebote ausdrücklich auszuschließen, wenn nicht besondere Gründe zu Ausnahmen in einzelnen Fällen vorliegen sollten.

Bei gelungenen Mobiliarversteigerungen übergibt der H. Schultheiß das Protocoll dem bestellten Erheber.

Die H. Aemter sind übrigens ausdrücklich angewiesen, nach Ratification einer Immobilienversteigerung den Steigerer nöthigenfalls durch Requisition der bewaffneten Macht sofort in den Besitz der ersteigerten Sache auf bloses Anrufen zu setzen, und zwar ohne Rücksicht auf irgend Widersprüche des Schuldners, dem dieselbe versteigert worden ist, selbst dann, wenn dieser im Versteigerungsverfahren vorgekommene Nichtigkeiten behaupten sollte. Es bleibt demselben lediglich

überlassen, ob er als Kläger gestützt auf die behauptete Richtigkeit des Verfahrens, oder einen andern Grund den in Besitz gesetzten Steigerer auf Abtretung der Sache belangen will.

Zu §. 15.

Wenn die zu einer Versteigerung ausgesetzten Gegenstände keine Käufer gefunden haben, so muß das H. Amt sogleich nach Eingang des Protocolls den Gläubiger, der die Versteigerung erwirkt hat, davon durch ein Decret in Kenntniß setzen. Bestehen dieselben aus Mobilien, so ist der Gläubiger befugt, darauf anzutragen daß sie, um nicht selten vorkommende Collusionen zwischen dem Schuldner und den Einwohnern seines Wohnorts zu beseitigen, an einen angemessenen andern Ort gebracht, und von neuem zur Versteigerung ausgeboten werden. Was insbesondere in das Pfand genommene Weine betrifft, so hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen bereits bei mehreren Veranlassungen verfügt, daß wenn größere Fässer keinen Käufer finden, zu deren Parcellirung geschritten werden soll. Ob übrigens Weine als pretiose Mobilien zu behandeln sind, oder nicht, muß der Richter im einzelnen Falle ermessen.

Bei Immobilien wird das H. Amt in der Regel nur auf gemeinschaftlichen Antrag des Gläubigers und Schuldners, eine Wiederholung der misglückten Versteigerung verfügen; einem einseitigen Antrage eines von ihnen darauf aber nur aus besondern Gründen willfahren, indem in den meisten Fällen durch solche Wiederholungen nur ein unnöthiger Verschleif der Sache und Kostenaufwand veranlaßt wird. Wird nun eine solche wiederholte Versteigerung verfügt, so müssen dabei

stets alle Vorschriften, welche von einer ersten gelten, beobachtet werden. Es ist namentlich ganz unstatthaft, daß, wie mitunter vorgekommen ist, auf das frühere Protocoll in der Art Bezug genommen wird, daß unter den einzelnen versteigerten Grundstücken die Namen der frühern Meistbietenden durchstrichen, und an ihre Stelle jene der neuen Ansteigerer eingetragen werden. Dieses neue Versteigerungsprotocoll muß vielmehr ein für sich bestehendes Ganzes seyn.

Ist aber eine zweite Versteigerung nicht angeordnet worden, oder auch diese erfolglos geblieben, so steht es dem Gläubiger frei auf Adjudication so vieler Grundstücke aus der Zahl der gepfändeten, zu drei Viertheilen des Taxationspreises nach Maasgabe der pos. 3 der Verordnung vom 20. Februar 1751 anzutragen, als davon zu seiner Befriedigung für Kapital, Zinsen nnd Kosten nöthig sind. Das auf einen solchen Antrag zu erlassende Decret muß genau bezeichnen:

a) die Forderung an Kapital, Zinsen und Kosten in Bezug auf welche die Adjudication erfolgt;

b) die Güter, welche adjudicirt werden, und

c) die Summe, für welche sie adjudicirt werden.

Es muß ferner darin die sofortige Exmission des Schuldners verfügt, und dessen Befugniß erwähnt werden, die Güter binnen sechs Wochen wieder einzulösen. Dieses Decret hat der H. Schultheiß dem Beklagten zu insinuiren, und es dem Gläubiger mit aufgeschriebener Insinuationsbescheinigung zurück zu geben. Wenn nun nach Ablauf der Einlösungsfrist der Gläubiger dieses Decret bei Amte reproducirt, so ertheilt dasselbe dem H. Landoberschultheißen vermittelst Uebersendung dieses Decrets und unter Beifügung aller frühern Ver-

steigerungsverhandlungen den Auftrag die Adjudicationsurkunde auszufertigen.

Sollte der auf Adjudication antragende Gläubiger der Ansicht seyn, daß die feldgerichtliche Taxation zu hoch sey, so glaube ich allerdings, daß er auf eine Abschätzung der zu adjudicirenden Immobilien durch andere Sachverständige anzutragen befugt ist. Die Mitglieder der Feldgerichte sind bei Taxationen des Grundvermögens stets geneigt zu hoch abzuschätzen; denn da sie in der Regel selbst bedeutendes Grundvermögen haben, so schlagen sie ihren eigenen Besitz und folgeweise auch jenen Anderen höher an, als sich dafür Käufer finden würden. Ich habe davon viele Beispiele gesehen. — Daß übrigens der Schuldner mit einem solchen Antrag auf Abschätzung durch andere Sachverständige wegen angeblich zu geringer Taxation, welcher ebenfalls mitunter gemacht wurde, nicht gehört werden kann, ist wohl klar; denn das Ergebniß der Versteigerung, wo niemand bieten wollte, hat nachgewiesen, daß seine zu drei Viertheilen der Taxe ausgebotenen Immobilien nicht als eine zu wohlfeile Sache angesehen worden sind.

Ueber das
Verfahren bei dem Concurse der Gläubiger.

§. 1.

Nach dem in der Vorrede bezeichneten Zwecke dieser Schrift kann es nicht in meiner Absicht liegen hier dasjenige zu wiederholen, was bereits in den Schriften über den Concursprozeß und in den Lehrbüchern über den gemeinen deutschen Prozeß so oft gesagt worden ist. Die allgemeine Theorie über das Concursverfahren mit ihren verschiedenen Controversen vielmehr als bekannt voraussetzend beabsichtige ich dar zu stellen, wie sich das Concursverfahren in dem Herzogthume Nassau, dasjenige, was in den Lehrbüchern vorgetragen wird, näher bestimmend und zum Theile davon abweichend auf eine, wie insbesondere die rasche Erledigung der Concursprozesse nachweißt, im allgemeinen sehr zweckmäßige Weise gestaltet hat, und in dieser Zusammenstellung der verschiedenen Verordnungen und der Generalverfügungen der H. Hof- und Appellationsgerichte, durch welche das nur in seinen Grundzügen in der Verordnung vom 5. Juni 1816 niedergelegte Verfahren in Concursfällen seine nähere Ausbildung erhalten hat, dem Nassauischen Richter einen sicheren Leitfaden bei Behandlung eines Concursprozesses zu geben.

Uebrigens wird es gewiß für jedermann eine interessante Erscheinung seyn, daß in Folge des eingeführten zweckmäßigen Verfahrens in Verbindung mit der fortgesetzten Aufsicht, welche die H. Hof- und Appellationsgerichte über diesen wichtigen Gegenstand der Thätigkeit der H. Aemter führen, indem sie nicht blos jährlich

zweckmäßig eingerichtete tabellarische Vorlagen über den Stand der Concurse einziehen, sondern dieselben auch genau prüfen, und namentlich bei dieser Prüfung stets diejenigen Actenverfolge, wo die bestehenden Vorschriften nicht durchans beobachtet worden zu seyn scheinen, sich vorlegen lassen — es dahin gekommen ist, daß die Zahl der Concurse in dem Herzogthume ganz unbedeutend geworden ist, und die meisten Aemter des Bezirks des H. Hof- und Appellationsgerichts von Usingen (die Tabellen des H. Hof- und Appellationsgerichts zu Dillenburg habe ich zwar nicht gesehen, ich zweifle aber nicht daran, daß dort die nämlichen Resultate vorliegen) auf eine Bevölkerung von im Durchschnitte 13000 Seelen in der Regel nur 5 bis 10, ja einige gar keine laufenden Concursprozesse haben, während vor etwa 10 Jahren dieselben Aemter mit 30 bis 50 ja noch mehreren durch lange Dauer verwickelten Concursprozessen, und dabei noch mit einer ziemlichen Zahl regelloser Debitverfahren ohne förmliches Concurserkenntniß, welche seit dem Jahre 1828 durch die über das Hülfsvollstreckungsverfahren ertheilten Vorschriften ganz vertilgt worden sind, belastet waren. — Es war damals nach zu weisen, daß sehr viele Individuen selbst in Concurs verfallen waren, weil sie bei der schleppenden Leitung der Concursprozesse ihrer Schuldner das Ihrige nicht erhalten konnten; ja nicht selten war es der Fall, daß in Folge mangelhafter Aufsicht auf die Masseverwaltung die Concursmasse des ersten Concurses in einem zweiten, die des zweiten in einem dritten steckte, indem die Massecuratoren die eingenommenen Gelder in ihren Nutzen verwendet hatten, und demnächst selbst in Concurs verfallen waren.

§. 2.

Nachdem die Bestimmung in §. 1. der Verordnung vom 5. Juni 1816, wonach die H. Aemter die Acten zum Zwecke der Erkennung eines Concursprozesses den H. Hofgerichten vorlegen mußten, durch die Verordnung vom 25. September 1826 (Verordnungsblatt Nr. 13) wieder aufgehoben worden ist, gehört bei uns den allgemeinen Grundsätzen gemäß das Erkenntniß über das Daseyn eines Concurses, so wie die Leitung des erkannten Concursprozesses zum Ressort des allgemeinen Gerichtsstandes des Wohnorts des Cridars.

Doch ist durch ein Rescript des H. Staatsministeriums vom 22. Dezember 1827 verfügt worden, daß nach Eröffnung eines generellen Concursverfahrens von Seiten eines ausländischen Gerichts über die in dem Herzogthume befindlichen Vermögenstheile des Cridars ein Partialconcurs eröffnet werden soll, und aus diesem Vermögen vorzugsweise alle diejenigen Forderungen befriedigt werden sollen, welche in Bezug auf dasselbe entstanden sind. Als solche sollen betrachtet werden

1) alle Forderungen, welche auf Pfandrechten auf diese Güter beruhen, und

2) welche Herzoglich Nassauischen Unterthanen zustehen.

Der nach Tilgung dieser Forderungen verbleibende Ueberschuß wird der General-Concursmasse überwiesen.

§. 3.

Da die harten Maasregeln, welche nach Vorgang der römischen Gesetze die ältere deutsche Gerichtspraxis gegen insolvente Schuldner eintreten ließ, bei uns nicht mehr zur Anwendung kommen, so findet nach wieder-

holten Instructionen der H. Hof- und Appellationsgerichte ein als zwecklos sich darstellendes Verfahren zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern über Annahme der Güterabtretung nicht statt. Vielmehr hat der Richter, wenn der Schuldner nach gehöriger Belehrung über die Folgen eines solchen Antrags dabei beharrt, denselben zu protocolliren, und das Concurserkenntniß in Urtheilsform sofort zu erlassen.

Diesem Falle der bonorum cessio steht es ganz gleich, wenn die bekannten Erben eine eröffnete Erbschaft ausschlagen.

§. 4.

Wenn auf eine von dem Richter erkannte Auspfändung die Anzeige des H. Schultheißen des Wohnorts erfolgt, daß freie Vermögensstücke des Schuldners nicht zu pfänden seyen; oder eine gehörig motivirte Anzeige des Feldgerichts einkommt, daß die Veräußerung gepfändeter Immobilien ohne Gefährdung anderer Creditoren nicht vollzogen werden könne; oder wenn gegen Fortsetzung der Hülfsvollstreckung von der Ehefrau wegen Gefährdung ihres Vermögens Einspruch gethan wird, kurz wenn eine Collision von Ansprüchen auf das Vermögen eines Schuldners, welche gleichzeitig nicht befriedigt werden können, eintritt, so hat der Richter durch ein Decret demselben aufzugeben, in einem bestimmten Termine seine Zahlungsfähigkeit nachzuweisen, mit der Ankündigung, daß widrigenfalls der Concurs erkannt werden würde. Gleichzeitig ist von dem H. Schultheißen des Wohnorts und von dem H. Landoberschultheißen über ihre Wissenschaft von den Vermögensverhältnissen des Schuldners Bericht

einzuziehen, und auf Klage einzelner Gläubiger etwa bereits erkannte Versteigerungen sind zu sistiren.

Die H. Nassauischen Obergerichte haben den von vielen deutschen Praktikern aus misverstandenen römischen Gesetzen hergeleiteten Satz, daß die Minorität der Gläubiger eines durch Unglücksfälle in Vermögensverfall gerathenen Schuldners von der Majorität zu Ertheilung eines Nachlasses, oder Ausstandes gezwungen werden könne, nie anerkannt, sondern stets die in von der Nahmer's Entscheidungen ꝛc. Band 2 N. 21 entwickelten Principien so consequent eingehalten, daß die Ansicht der Möglichkeit eines solchen Zwangs nicht mehr existirt.

Eine nothwendige Folge dieses Grundsatzes ist es, daß Vorladungen der Gläubiger vor erkanntem Concurse zum Zwecke zu bewirkender Nachlaß- und Ausstands-Verträge durchaus unzweckmäßig sind. Da nämlich die Creditoren auf solche Vorladungen vor erkanntem Concurse zu erscheinen nicht verbunden sind, so erschienen in zu solchen Versuchen anberaumten Terminen gewöhnlich nicht einmal sämmtliche geladene Gläubiger, während in der Regel noch eine Anzahl dem Gerichte nicht angegebener, daher nicht geladener Gläubiger vorhanden war.

Die Verhandlungen in solchen Terminen konnten daher fast nie zu einem festen Resultate führen, sondern gereichten in der Regel nur zum Verschleife des Verfahrens; ja nicht selten trugen sie sogar zur Verwicklung der Sache bei, wenn nämlich die erschienenen Gläubiger, oder ein Theil derselben Verwilligungen gemacht hatten, und nun andere, welche ausgeblieben waren, klagend auftraten.

Die H. Hof- und Appellationsgerichte haben die H. Aemter wiederholt angewiesen, richterliche Versuche einen Concurs durch einen Nachlaßvertrag abzuwenden nicht vor dem Liquidationstermine zu machen. Früher solche Versuche an zu stellen, muß der Privatthätigkeit des Schuldners allein überlassen bleiben, und es versteht sich von selbst, daß das eingeleitete Verfahren wegen vermutheter Ueberschuldung aufhört, wenn die klagbar aufgetretenen Gläubiger auf Fortsetzung der Hülfsvollstreckung verzichten.

Wenn es daher aus den von dem Schuldner in dem anberaumten Termine gemachten Vorlagen hervorgeht, daß das in dessen Händen befindliche realisirbare Vermögen nicht hinreicht um die Gläubiger, welche die Hülfsvollstreckung erwirkt haben, so wie die übrigen aus den Hypothekenbüchern, den Gerichtsacten und den Berichten der Behörden bekannten Gläubiger zu befriedigen, so hat der Richter ohne Rücksicht auf Anträge des Schuldners wegen zu vermittelnder Nachlaßverträge, oder auf dessen etwaige Angaben über zweifelhafte Ansprüche an dritte Personen, oder auf Einwendungen gegen die Taxation seiner Immobilien durch die Feldgerichte der betreffenden Gemarkung, als der hierzu allein competenten Behörde (welche, wie ich schon oben bemerkt habe, der Erfahrung nach ohnehin dieselben eher zu hoch, als zu gering zu taxiren pflegen) den Concurs zu erkennen.

Die zeitige Einlegung der Appellation sistirt zwar den Fortgang des Verfahrens, hindert aber den Richter nicht auf Antrag von Gläubigern, oder auf amtlichen Bericht des betreffenden Schultheißen nach Lage der Sache Sicherungsmittel gegen Verschleuderungen vor zu kehren.

Sollte dagegen der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nachgewiesen haben, so sind die sistirten Hülfsvollstreckungsverfahren wieder in den Lauf zu setzen, und zugleich ist die nöthige Weisung auf den H. Schultheißen des Wohnorts wegen der ausgeklagten Forderungen, wofür derselbe keine Pfänder finden konnte, zu erlassen.

§. 5.

Ein provisorischer Massecurator ist in allen Concursen sofort zu ernennen, sobald das Concurserkenntniß die Rechtskraft beschritten hat. Der hierzu von dem Feldgerichte des Wohnorts des Cridars Vorgeschlagene muß dieses Amt gegen billige Belohnung übernehmen. Er hat für die sichere Verwahrung der Concursmasse zu sorgen und erforderlichen Falls hierüber, sowie wegen Vornahme unaufschiebbarer Veräusserungen die nöthigen Anträge bei dem Richter zu machen. Sodann hat derselbe der Inventarisation, mit deren sofortiger Vornahme der H. Landoberschultheiß zu beauftragen ist, beizuwohnen, und darauf zu sehen, daß alle in den Händen des Cridars befindlichen Objecte zur Aufnahme kommen.

§ 6.

Zur Vermeidung aller Weiterungen, welche im Hinblick auf bekannte Controversen entstehen könnten, (man vergleiche das zu §. 93 der Prozeßordnung Bemerkte) hat der Richter die ebenfalls nach eingetretener Rechtskraft des Concurserkenntnisses alsbald zu erlassenden Edictalien so abzufassen, daß darin alle diejenigen, welche aus irgend einem Grunde, er möge seyn, welcher er wolle, als Separatisten, Vindicanten,

Pfandgläubiger, oder Chirographarien, Ansprüche an das Vermögen des Gemeinschuldners bilden zu können glauben, zur Geltendmachung derselben vorgeladen werden, unter dem Rechtsnachtheile des Ausschlusses von der vorhandenen Vermögensmasse. Sollte bei Ehegatten nur eine in dem Vermögen des Ehemannes liegende Ueberschuldung nachgewiesen, und demgemäß nicht gegen beide Gatten, sondern nur gegen den Ehemann der Concurs erkannt worden seyn, so ist es zur Vollziehung des §. 10 der Verordnung vom 10. Januar 1825 dennoch geboten, daß auch die Gläubiger der Ehefrau geladen werden, weil die nicht erschienenen Gläubiger derselben durch die in diesem Gesetze verfügte ratirliche Heimzahlung der Eheschulden aus dem in dem Concurse liquidirten Vermögen der Ehefrau in Nachtheil versetzt werden könnten.

In den bei den H. Hof- und Appellationsgerichten verhandelten Concursverfahren werden die Gläubiger zur Liquidation ihrer Forderungen bis zu einem gewissen Tage vermittelst einer nach §. 94 pos. 1 der Prozeßordnung einzurichtenden, durch einen gehörig bevollmächtigten Procurator, dessen Vollmacht sich auch über Gegenstände der Masseverwaltung erstrecken und zum Geldempfange ermächtigen muß, einzureichenden Klageschrift geladen. Bei den H. Aemtern dagegen erfolgt die Ladung zum persönlichen Erscheinen auf einen nach Tag und Stunde festgesetzten Termin. Ist wegen der anzumeldenden Forderung bereits ein Prozeß bei dem Concursrichter, oder auch bei einem andern Gerichte anhängig, so ist im Laufe der zur Liquidation angesetzten Frist, oder in dem dazu anberaumten Termine ebenfalls davon die Anzeige zu machen. Der bestehende Prozeß nimmt nun in der

Lage, worin er ist, dem Contradictor gegenüber seinen Fortgang, wenn dieses nicht durch Zugeständniß der Richtigkeit der Forderung unnöthig werden sollte.

§. 7.

Bei den H. Hof- und Appellationsgerichten wird gleichzeitig mit Erlassung der Edictalien auch ein Contradictor ernannt, und dahin vereidigt „daß er die ihm in dieser Eigenschaft obliegenden Pflichten gewissenhaft erfüllen, namentlich die Ansprüche an die Masse nur nach einer durch sorgfältige Nachforschung soviel als möglich erlangten Ueberzeugung von deren Richtigkeit, oder Unrichtigkeit zugeben, oder bestreiten, überhaupt so verfahren wolle, wie ein redlicher Schuldner selbst thun würde, und sich mit allem Eifer bestreben wolle zur Beendigung des Concurses mitzuwirken." Diesem Contradictor werden dann die successive eingehenden Liquidationsklagen zur Erklärung unter den Rechtsnachtheilen des Eingeständnisses und des Verlustes der Einreden, so wie den übrigen der gemachten Beweisantretung entsprechenden Präjudizien und mit Bezug auf §. 94. Nr. 5 der Prozeßordnung mitgetheilt; das Verfahren nimmt demnächst nach den Regeln, welche ich zu den §§. 94 und 95 angeführt habe, seinen Fortgang.

Bei den H. Aemtern wird dagegen nach Vorschrift der Verordnung vom 5. Juni 1816 §. 3 vorerst kein Contradictor bestellt, sondern die erschienenen Gläubiger werden selbst über die Richtigkeit der angemeldeten Forderungen in der Art vernommen, daß über jede Forderung ein besonderes Protocoll aufgenommen und darin die Erklärung der Gläubiger über deren Liquidität niedergeschrieben wird. Erkennen nach Ansicht der pro-

ducirten Documente und nach Anhörung sachgemäßer Erläuterungen von Seiten des Richters und des ebenfalls zu ladenden Cridars die durch Bezugnahme auf das in diesem Termine auf zu nehmende Generalprotocoll in jeder Specialsache zu bezeichnenden Gläubiger eine angemeldete Forderung als richtig an, so wird dieselbe durch ein sofort zu erlassendes Decret für liquid erkannt. Wenn aber dieselben einen oder den andern Anspruch bestreiten, so wird in Bezug auf diese bestrittene Ansprüche ein Contradictor ernannt, nach der oben angeführten Formel vereidigt, und zur mündlichen Beantwortung dieser Liquidationsklagen nach Maasgabe der über des amtliche Protocollarverfahren bestehenden Vorschriften durch ein in jeder Sache zu erlassendes Decret aufgefordert.

§. 8.

Ehe indessen der Beamte zu dieser förmlichen Aufnahme über die einzelnen Ansprüche schreitet, wird derselbe bemüht seyn durch zweckmäßige Nachlaß- und Ausstandsverträge das weitere Concursverfahren abzuwenden. Er muß aber hierbei mit der größten Umsicht verfahren, und jedenfalls nur einen solchen Vertrag zu vermitteln bemüht seyn, wodurch nach vernünftiger Voraussicht das beabsichtigte Wohl des Schuldners auch wirklich erreicht werden kann. Nur zu viele Fälle sind mir vorgekommen, wo der Richter durch Vorschlagen, oder wenigstens durch Begünstigung unüberlegter Verträge dieser Art den Ruin von Familien vollendet hatte. Während die Creditoren wenig, oder gar nichts nachliesen, sondern nur Ausstand und Abschlagszahlungen verwilligten, hatte

die Ehefrau des Cridars sich für alle Forderungen als Selbstschuldnerin constituirt; und wenn nun, wie leicht vorauszusehn war, die versprochenen Abschlagszahlungen nicht eingehalten wurden, so nahm das kurze Zeit darauf von den unbefriedigten Gläubigern provocirte neue Concursverfahren alles weg, was in dem frühern für die Ehefrau hätte erhalten werden können.

Kann aber auch der Richter einen solchen angemessenen Vergleich nicht vermitteln, so wird er doch dahin zu wirken suchen, daß die Creditoren einwilligen, daß dem Cridar etwas mehr als das zur größten Nothdurft Gehörende, worauf er nach §. 2 der Verordnung vom 5. Juni 1816 nur Anspruch hat, belassen werde.

Auch die H. Hof- und Appellationsgerichte sind um Abschließung solcher Vergleiche bemüht, wenn es nach Eingang des Inventars und der Liquidationsklagen irgend wahrscheinlich erscheint, daß ein zweckmäßiger Vergleich bewirkt werden könne.

Unbemerkt kann ich übrigens nicht lassen, daß ich die Verfahrungsart der H. Hof- und Appellationsgerichte bei der Liquidation in Concursen, welche freilich in §. 93 pos. 5. der Prozeßordnung ihre Begründung findet, für weniger zweckmäßig, als die amtliche halte.

Die Sache ließe sich wohl so vermitteln, daß auch bei den H. Hof- uud Appellationsgerichten die Edictalladungen gleich denen bei den Aemtern abgefaßt, und nur diejenigen Gläubiger angewiesen würden dem Contradictor gegenüber nach §. 94 der Prozeßordnung schriftlich zu liquidiren, deren Ansprüche in dem wie bei Amt mündlich zu Protocolle ab zu haltenden Liquidationstermine von dem Corps der Gläubiger bestritten worden wären.

§. 9.

In dem Liquidationstermine wird dann bei Amte auch der Massecurator von den Creditoren erwählt. Von den H. Hof- und Appellationsgerichten wird hierzu und zu den etwa sonst nothwendigen Verhandlungen wegen der Masseverwaltung ein besonderer Termin nach dem Ablaufe der Liquidationsfrist anberaumt.

Ein Rescript des H. Staatsministeriums vom 4. Februar 1825 verordnet, daß wenn keiner der Creditoren freiwillig die Curatel übernehmen wolle, der aus ihrer Mitte von ihnen Erwählte dieselbe übernehmen müsse; daß aber, wenn keiner der Creditoren hierzu tauglich erscheine, auch ein nicht zu ihrer Zahl gehörendes Individuum zu Uebernahme dieses Geschäfts gegen entsprechende Belohnung gezwungen werden könne. Fälle eines solchen Zwangs sind mir indessen seitdem nicht vorgekommen, und die ganze damalige Erörterung scheint nur durch die unzweckmäßige Behandlung der Sache von Seiten einiger H. Aemter entstanden zu seyn, wo man die Güterpfleger zu schlecht belohnen wollte.

Nebst demjenigen, was schon oben über die Pflichten des provisorischen Massecurators angeführt wurde, ist für den Güterpfleger folgende Instruction vorgeschrieben:

1) Derselbe muß von der Masse diejenigen Gegenstände ausscheiden, an welche seiner begründeten Ueberzeugung nach weder der Gemeinschuldner, noch dessen Ehefrau und Kinder Ansprüche zu machen haben; zugleich muß er fortwährend bemüht seyn, alle die Bestandtheile der Concursmasse ausfindig zu machen, welche von dem Cridar verheimlicht worden seyn, oder sich in den Händen anderer Personen befinden könnten.

2) Auf Versteigerung der vorhandenen Mobilien

und Immobilien muß er nach vollzogener Inventur die nöthigen Anträge bei den competenten Behörden machen, und sich demnächst Abschriften des Inventars und der Versteigerungsprotocolle verschaffen.

3) Die Steiggelder und andere Ausstände der Masse muß er mit unausgesetzter Thätigkeit beitreiben, und alle während der Verwaltung eingehenden Gelder, sobald der Vorrath den Betrag von fünfzig Gulden erreicht, an die H. Receptur, zu deren Bezirk der Sitz des Concursgerichts gehört, als Depositum der General-Depositen-Casse abgeben.

4) Er muß binnen vier Wochen nach dem Fälligwerden eines jeden Steigziels Rechnung stellen; und darf

5) ohne Weisung des Concursrichters keine Zahlungen leisten.

§. 10.

In Bezug auf die Art der Vornahme der Versteigerungen beziehe ich mich auf das oben bei Darstellung des Hülfsvollstreckungsverfahrens Gesagte. Bei Immobiliarversteigerungen muß der Curator sich stets Genehmigung vorbehalten. Darüber, ob dieselbe zu ertheilen, oder zu versagen sey, hat er demnächst in einem motivirten Berichte dem Concursrichter gutachtliche Vorlage zu machen, worauf er durch ein Decret das eine, oder andere zu thun ermächtigt wird.

Sollten hinreichende Mobilien nicht vorhanden seyn, durch deren Versteigerung die sogleich entstehenden Kosten für Inventur, Versteigerungen, Stempelpapier und Edictalien gedeckt werden könnten, so wird der Richter zum Zwecke der Herbeischaffung der sogleich nöthigen

Geldbeträge verfügen, daß einige kleinere Immobilien gegen gleichbaare Zahlung versteigert werden.

Absolut unstatthaft und verboten ist es, daß der Richter, wie dieses früher zuweilen vorkam, von dem Massecurator Vorschüsse für Bestreitnng künftiger Ausgaben erhebe.

§. 11.

Da in Gemäßheit des in der Edictalladung anzudrohenden Rechtsnachtheils die Präclusion der ausgebliebenen Gläubiger von der vorhandenen Masse durch Ablauf der Frist, oder des Termins zur Liquidation von selbst eintritt, so erscheint das Präclusivdecret, welches nach Ablauf des Liquidationstermins erlassen zu werden pflegt, um so mehr als eine überflüßige Formalität, da es gewöhnlich nicht öffentlich bekannt gemacht wird. Bei den H. Hof- und Appellationsgerichten wenigstens könnte man nach §. 115 der Prozeßordnung sicher ganz davon abstrahiren.

§. 12.

In Folge hofgerichtlicher Instructionen, welche in den Bestimmungen der Verordnung vom 5. Juni 1816 §. 5., wonach in der Regel kein Prioritätsverfahren statt finden soll, eine zureichende Begründung finden, hat sich im Herzogthum Nassau die allgemeine Praxis gebildet, daß die Locationsurtheile auf den Grund der aus den Liquidationsverhandlungen ersichtlichen Prioritätsansprüche erlassen werden, mit Beifügung des Vorbehalts, daß es jedem Gläubiger unbenommen bleibe, innerhalb einer gewissen Frist seine vermeintlichen Rechte auf eine bessere Stelle gegen bestimmte Gegner

im Wege der Klage auszuführen, oder ihm vorgesetzten Gläubigern ihre Vorzugsrechte zu bestreiten. Gegen diese blos vorläufige Festsetzung der Rangordnung findet Appellation nicht statt.

Diese, auch in Linde's Lehrbuche ꝛc. §. 444 als möglich erwähnte Einrichtung hat den besten Erfolg gehabt. Denn da der Richter in der Regel schon aus den Liquidationsverhandlungen mit ziemlicher Gewißheit die meisten Prioritätsrechte zu beurtheilen im Stande seyn wird, so sind Prioritätsprozesse nicht häufig. Jedenfalls ist es ein Gewinn, daß Prioritätsstreitigkeiten vor dem Locationsurtheile, welche in der Regel nur aus unbestimmten Lufthieben gegen unbekannte Gegner bestanden und wenn gegen ein Locationsurtheil appellirt wurde, die Basis einer richterlichen Entscheidung nie bilden konnten, weswegen denn in solchen Fällen fast immer eine neue Verhandlung angeordnet werden mußte, nicht mehr vorkommen.

Ueber das bei Prioritätsprozessen einzuhaltende Verfahren hat das H. Hof- und Appellationsgericht zu Usingen folgende Grundsätze angenommen:

Will jemand ein besseres Vorzugsrecht für sich ansprechen, so muß dieses im Wege einer förmlichen Klage gegen bestimmte Gegner geschehen. Diese ist in den Concursen bei dem H. Hof- und Appellationsgerichte nach den Vorschriften des §. 94 der Prozeßordnung, bei dem H. Aemtern den Grundsätzen des Protocollarverfahrens gemäß einzurichten. Beschränkt sich aber ein Gläubiger blos darauf, das Verzugsrecht eines ihm vorgesetzten Creditors zu bestreiten, so ist diesem Letztern aufzugeben binnen einer Frist (oder in einem Termine im mündlichen Verfahren bei den H.

Aemtern) seinen Vorzug durch eine förmliche, gegen den aufgetretenen Gläubiger zu erhebende Klage, welche bei den H. Hof- und Appellationsgerichten ebenfalls nach §. 94 der Prozeßordnung eingerichtet seyn muß, zu begründen, unter dem Rechtsnachtheile, daß sonst nach dessen Antrage das Locationsurtheil abgeändert werden würde. Ueber eine wie die andere Klage ist demnächst nach ordentlicher Verhandlung durch ein das Locationsurtheil bestätigendes, oder abänderndes Urtheil zu entscheiden, wogegen in appellabeln Fällen Berufung statt findet.

§. 13.

Dieselbe Verfahrungsart pflegt dieses Gericht einzuhalten, und hat sie den H. Aemtern zur Beobachtung empfohlen, wenn in einem gegen den Ehemann allein erkannten Concurse Eheschulden liquidirt worden sind, deren Hälfte nach §. 10 der Verordnung vom 10. Januar 1825 von den Jllaten, welche die Ehefrau liquidirt hat, in Abzug zu bringen und zu berichtigen ist; die Ehefrau aber darüber noch nicht zur Erklärung aufgefordert worden ist, oder aber, wenn dieses im Liquidationstermine geschehen seyn sollte, deren theilweise Berichtigung abgelehnt hat — sey es nun, daß sie die Richtigkeit einer Forderung überhaupt, oder doch deren Qualität als Eheschuld in Abrede stellte. Da nämlich nach §. 6 der angeführten Verordnung jede von dem Ehemanne während der Ehe ohne ausdrückliche, oder durch Angabe eines der Societät fremden Zwecks folgeweise Ausschließung derselben gemachte Schuld eine Eheschuld ist, so wird der Richter im Locationsurtheile zweckmäßig verordnen, daß alle solche dem Contradictor gegenüber, oder in Folge des Zugeständnisses der Ge-

sammtheit der Gläubiger für liquid erkannte Schulden dieser Art zur Hälfte von den Illaten der Frau abgezogen werden sollen, es ihr überlassend binnen der den übrigen Creditoren zur Vorbringung von Prioritätsansprüchen gesetzten Frist, oder in dem dazu anberaumten Termine Erinnerungen gegen den verfügten Abzug vor zu bringen, und zwar unter dem Rechtsnachtheile des Anerkenntnisses ihrer Verbindlichkeit zur Zahlung dieser Forderungen bei zu tragen. Bringt sie nun solche gegen einen, oder den andern bestimmten Gläubiger vor, so wird diesem durch ein Decret aufgegeben binnen einer Frist eine förmliche Klage gegen die Ehefrau anzustellen, widrigenfalls die Auslieferung der Illaten ohne Abzug seiner Forderung an dieselbe erfolgen würde.

Durch diese Verfahrungsart beseitigt der Richter die Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten, welche in dem Concursverfahren dadurch entstehen würden, wenn die an die Zugeständnisse der Creditorschaft und des Contradictors nicht gebundene, und, wenn sie die Qualität der Forderung als Eheschuld verabredet, ein von dem ihrigen ganz verschiedenes Interesse verfolgende Ehefrau in allen einzelnen Liquidationsprozessen als mitstreitender Theil behandelt und häufig gegen sie ein separater Prozeß eingeleitet werden müßte. Dieselbe hat sich in der bisherigen Ausübung überall als höchst zweckmäßig bewährt; da zu solchen Protestationen der Ehefrauen nur selten Gründe vorhanden sind, sie daher nur selten vorkommen; wenn sie aber vorkommen, die Existenz eines Separatprozesses zwischen einigen Gläubigern und der Ehefrau die Beendigung des Concurses über das Vermögen des Ehemannes nicht aufhalten kann.

§. 14.

Sehr weise ist die Vorschrift in §. 5 der Verordnung vom 5. Junius 1816, daß der Richter vor Erlassung des Locationsurtheils über die Liquidität aller angemeldeten Ansprüche erkennen soll; denn gewiß ist es sehr verkehrt, wenn über die Priorität von Forderungen gestritten wird, welche zuletzt als illiquid von der Masse ausgeschlossen werden.

Durchaus unzweckmäßig ist es Bestimmungen über Distribution der Masse in das Locationsurtheil aufzunehmen, da von einer Rechtskraft, welche dieses letztere, wenn es nicht angefochten wird, beschreitet, bei Distributivverfügungen die Rede nicht seyn kann. Die Erfahrung hat gelehrt, daß die Verbindung solcher verschiedenartigen Aussprüche zu Irrthümern und Verwirrungen aller Art Anlaß gibt; sie ist daher in wiederholten Dienstweisungen der H. Hof- und Appellationsgerichte an die H. Aemter untersagt worden.

§. 15.

Sobald über Priorität rechtskräftig entschieden ist, vertheilt der Richter die vorhandenen Massegelder, und wiederholt diese Vertheilung, so oft ein neues Steigziel eingegangen ist. In den Distributivdecreten ist den Creditoren anzukündigen, daß die entworfene Vertheilung vollzogen werden würde, wenn nicht binnen einer anzusetzenden Frist Einwendungen vorgebracht würden. Nach Ablauf dieser Frist, oder nach erfolgter Erledigung der etwaigen Einsprüche übersendet der Richter in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften vom 4/5. Januar 1807 und vom 20. September 1824, nach Bewirkung der nach Maasgabe der Summe des Depositums etwa vorher

nöthigen Aufkündigung eine Ausfertigung des Distributivdecrets der H. Receptur des Gerichtsbezirks mit dem Ersuchen hiernach die deponirten Gelder auszuzahlen, und die Quittungen der Empfänger als baare Zahlung gegen Zurückgabe des nebst den Zinsen zu quittirenden Depositenscheins aufzurechnen. Auf gleiche Weise verfügt er über die noch in den Händen des Curators befindlichen Gelder.

Geldbeträge, welche noch nicht eingegangen sind, namentlich ausstehende Gütersteigschillinge dürfen in der Regel nicht distribuirt werden; denn es könnten durch eine solche Vertheilung allerhand Verwicklungen entstehen, wenn einzelne Debenten verspätet, vielleicht gar nicht zahlten, und nun mehr bevorzugte Gläubiger unbefriedigt wären, während weniger privilegirte von den ihnen assignirten Debenten die Gelder eingezogen hätten. Eine solche Vertheilung der Masse durch Assignation kann daher nur im Wege eines unter allen zu befriedigenden Gläubigern abgeschlossenen Vertrags, worin jeder Gläubiger auf die den andern assignirten Ausstände verzichtet, bewerkstelligt werden. — Sollte aber die Beitreibung eines, oder des andern Ausstands der Masse zu verwickelt und weitaussehend erscheinen, so wird der Richter denselben an den Meistbietenden unter den Creditoren versteigern, oder nach Lage der Sache ihn auch demjenigen Gläubiger, welcher, nach Befriedigung der nach der Ordnung des Locationsurtheils vorgesetzten Gläubiger aus den disponibeln Massegeldern, an der Reihe ist, adjudiciren, und so die Beendigung des Concurses herbeiführen.

Haben Immobilien bei der versuchten Versteigerung keinen Käufer gefunden, so sind sie demjenigen Gläubi-

ger mit drei Viertheilen des Taxationspreises zu adjudiciren, welcher nach der Ordnung des Locationsurtheils auf den Erlös, wenn ein solcher erzielt worden wäre, Anspruch gehabt hätte. Den nachfolgenden Gläubigern bleibt es nach §. 3 der Subhastationsordnung überlassen innerhalb 14 Tagen nach Bekanntmachung dieser Adjudication ein höheres Gebot zu thun, oder einen bessern Käufer ausfindig zu machen. Nach Verlauf von 14 Tagen wird die Adjudicationsurkunde durch den H. Landoberschultheißen ausgefertigt.

Da der Güterpfleger nur auf Anweisung des Richters an die von ihm bezeichneten Personen zahlen kann, so ist eine Klage eines Dritten gegen ihn wegen angeblicher Cession liquidirter und locirter Forderungen an die Concursmasse rechtlich unmöglich; vielmehr muß der angebliche Cessionar solcher Forderungen sich darüber bei dem Concursrichter ausweisen, und von ihm eine Zahlungsanweisung an den Curator erwirken. In Gemäßheit dieses Grundsatzes wurde von dem H. Hof- und Appellationsgerichte zu Wiesbaden in der Klagesache von Lade und Dresel gegen den Curator der Dienstischen Concursmasse, worin bei dem H. Amte zu Hochheim weitläufige Verhandlungen zwischen einem angeblichen Cessionar und dem Massecurator statt gefunden hatten, durch Relevanzbescheid vom 13. Februar 1829 die Klage als unbegründet abgewiesen.

§. 16.

Vorauszahlungen aus der Masse sind der Regel nach unstatthaft; nur in ganz unbedenklichen Fällen darf der Richter nach §. 4 der Verordnung vom 5. Juni 1816 ehe das Locationsurtheil die Rechtskraft be-

schritten hat, solche Zahlungen im Interesse der Concursmasse, namentlich zur Ersparung von Zinsen verfügen. Als eine solche bedingte Vorauszahlung erscheint denn auch die Verwilligung eines Ausstands an Massegläubiger zur Zahlung des Kaufpreises aus der Masse ersteigerter Gegenstände. Der Ehefrau des Cridars kann der Richter nach §. 2 der angeführten Verordnung einen Theil der Mobiliarschaft gegen gerichtliche Taxation lassen, wenn ihr wegen ihrer Illaten nach Abzug der darauf haftenden Schulden voraussichtlich so vieles zu gut kommen wird. Er muß bei solchen Begünstigungen überall mit der größten Vorsicht verfahren, um eigene Verantwortlichkeit zu vermeiden.

Klar ist es, daß ein Prioritätsstreit unter nachgesetzten Gläubigern die Befriedigung mehr bevorzugter nicht hindern kann; aber auch weniger bevorzugte Gläubiger wird der Richter öfters eines solchen Prozesses unerachtet befriedigen, und vielleicht den ganzen Concurs beendigen können, indem er dasjenige, was dem Gläubiger, dessen Vorzug bestritten wird, so wie dasjenige, was den mit ihm streitenden Gläubigern nach dem Locationsurtheile zukommen würde, als ein neues zu diesem neuen Prozesse gehörendes Depositum bei der H. Generaldepositenkasse anlegt.

§. 17.

In Bezug auf die Einrichtung der Acten haben die H. Hof- und Apellationsgerichte allgemein angeordnet, daß alle Concursacten in vier Hauptabtheilungen zerfallen sollen.

Der erste Faszikel muß enthalten sämmtliche Verhandlungen, welche der Eröffnung des Concurses voraus-

gingen, das Concurserkenntniß selbst uud die Edictalien. Der zweite Faszikel enthält die sämmtlichen Verhandlungen über die Verwaltung der Concursmasse, namentlich jene über die Anordnung des provisorischen und des definitiven Massecurators, sodann das Inventar, die Abschriften der Versteigerungsprotocolle, und die Rechnungen des Curators, so wie endlich das Concept des nach nachgewiesener Auszahlung aller Massegelder dem Curator zu ertheilenden Dechargedecrets.

Den dritten Faszikel bilden die Verhandlungen über die angemeldeten Forderungen der Creditoren und jene über die Bestellung des Contradictors. Der vierte endlich enthält das Locationsurtheil, etwaige Prioritätsprozesse und die Distributivdecrete, nebst den darüber etwa entstandenen Verhandlungen.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Flach, Christoph

Erläuterungen zum Prozeßgesetze des Herzogthums Nassau vom 23. April 1822 mit zwei Anhängen über das Verfahren bei der Hülfsvollstreckung und bei dem Concurse der Gläubiger

Wiesbaden 1837

J.pract. 71 x
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554033-9